Zur Lehre von der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Königl. Universität Marburg

vorgelegt von

Albert Schnell
Referendar.

Marburg
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung
1912.

Zur Lehre von der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Juristischen Fakultät
der
Königl. Universität Marburg

vorgelegt von

Albert Schnell
Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Marburg
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung
1912.

Berichterstatter: Herr Professor Dr. Heymann.

Mit Genehmigung der Fakultät erscheint hier ein Teildruck, die gesamte Arbeit erscheint unter dem Titel „Die Quotenfrage bei der offenen Handelsgesellschaft“ als Nr. 17 der Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeben von Prof. Dr. E. Heymann, Marburg a. L., Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556035_0055

Inhalt.

I. Einleitung. — Kritik der Theorien über die Quotenfrage. — Die Berechnung der Quoten.
II. Die Stellung der Rechtsprechung zur Quotenfrage und Kritik derselben.
III. Die praktischen Folgerungen der Quotenfrage.

Benutzte Literatur.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts 1895.
— — Besprechung der 3. Auflage von Cosack's Lehrbuch des Handelsrechts bei Holdheim. Band 6. S. 20.
Affolter im Archiv für bürgerliches Recht. Band 5.
Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum HGB. 1868—74.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886—96.
Binder, Rechtsstellung der Erben. 1901—04.
— — Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.
Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1853—60.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band II. 4. Auflage. 1904.
— — Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. 1903.
Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.
Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse. 1. und 2. Auflage. 1899.
— — Sachenrecht. 1898.
Duncker, Gesamteigentum. 1843.
Eccius im Archiv für bürgerliches Recht. Band 32.
Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners. 1880.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. und 4. Auflage. 1898.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Auflage. Band I 1904. Band II 1908.
Förster, Preußisches Privatrecht. 7. Auflage. 1896/97.
Fuchs, Grundbuchrecht. 1906/08.
Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 8. Auflage. 1909.
Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1890.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Band I. 8. und 9. Auflage. 1906. Band II. 8. und 9. Auflage. 1908.
v. Gerber, Deutsches Privatrecht. 17. Auflage. 1895.
Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht im Archiv für bürgerliches Recht. Band 19.
— — Deutsches Privatrecht. 1895/1905.
— — Genossenschaftsrecht 1868—1881.
— — Genossenschaftstheorie. 1887.
— — Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Auflage. 1902.
— — Wesen der menschlichen Verbände. 1902.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 1903—09. Band I in 2. Auflage.
Goldschmidt, System des Handelsrechts. 4. Auflage. 1892.
Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum. 1864.
Gotter in Busch's Archiv. Bd. 18.
v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 2. Auflage. 1871.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 2. Auflage. 1910.
Heinitz, Kommentar zum Preußischen Stempelgesetz. 3. Auflage. 1909.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885/86.
Heymann, Die Bedeutung der Ausgleichungspflicht für die Verteilung der Erbschaftsfrüchte in Jhering's Jahrbuch. Bd. 42. S. 459 ff.

Heymann, Vorlesung über Handelsrecht (ungedruckt).
Jolly in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Band 11.
Joerges in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Band 11.
— — in Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 51.
— — Zur Lehre vom Miteigentum. Dissertation. Rostock 1900.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft. 1901.
Kohler, Recht des Markenschutzes. 1884.
— — Konkursrecht. 2. Auflage. 1903.
— — im Archiv für zivilistische Praxis. Band 91.
Laband in Zeitschrift für Handelsrecht. Band 31.
Ladenburg in Siebenhaars Archiv. Band 10.
Lange, Geschichte des Materialismus. 8. Auflage. 1908.
Lastig in Endemanns Handbuch. Band 1.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1901/02.
Meurer, Die juristische Person nach Reichsrecht. 1901.
Nagler im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Band 10. S. 700 ff.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. 1906.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band II. 1. und 2. Auflage. 1900. Band III. 1. und 2. Auflage. 1902.
Predari, Grundbuchordnung. 1907.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen deutschen HGB. 4. Auflage. 1893/94.
Renaud, Recht der Kommanditgesellschaften. 1881.
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1910.
Roth, Bayrisches Privatrecht. 2. Auflage. 1881—99.
v. Seeler, Das Miteigentum nach BGB. 1899.
Schröder, R., Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht (in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg für Großherzog Friedrich von Baden 1896).
Sohm, Der Gegenstand. 1905.
Staub, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Band I. 3. und 4. Auflage. 1898.
— — Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band I. 8. Auflage. 1906. 6/7. Auflage. 1900.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band II. 5. und 6. Auflage. 1910. Band III. 3. und 4. Auflage. 1907.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Band II. 1875
— — Miteigentum und gesamte Hand in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Band 4. S. 207 ff.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 1873/80.
— — Volksrecht. 1846.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3. Auflage. 1906.
Unger, Österreichisches Privatrecht. Band I und II. 4. Auflage. 1876.
v. Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. 1839/42.
Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. 1889.
Windscheid, Pandekten (Kipp). 9. Auflage. 1906.
Wolff, Lehrbuch des Sachenrechts. 4/5. Auflage. 1910.
Zimmerle, Stammgutssystem. 1857.

Benutzte Entscheidungen.

I. Des Reichsgerichts:

A) In Zivilsachen:

RGE. Band	3 S. 57 ff.	RGE. Band	31 S. 81 ff.
„	5 S. 69 ff.	„	32 S. 253 ff.
„	9 S. 143 ff. (bei Gruchot Bd. 26 S. 1060 ff.)	„	35 S. 388 ff.
		„	36 S. 139 ff.
„	10 S. 301 ff.	„	45 S. 218 ff.
„	11 S. 114 ff.	„	46 S. 39 ff.
„	16 S. 1 ff.	„	54 S. 278 ff.
„	16 S. 16 ff.	„	56 S. 96 ff.
„	17 S. 365 ff.	„	56 S. 206 ff.
„	18 S. 39 ff.	„	57 S. 432 ff.
„	25 S. 252 ff.	„	65 S. 227 ff.
„	30 S. 150 ff.	„	68 S. 378 ff.
„	31 S. 29 ff.	„	68 S. 410 ff.

RG. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts:

Band 26 S. 1060 ff.	Band 39 S. 853 ff.
„ 34 S. 1220 ff.	„ 43 S. 198 ff.
„ 37 S. 1153 ff.	„ 45 S. 86 ff.
„ 38 S. 1061 ff.	

RG. in Juristischer Wochenschrift:
Jahrgang 1889 S. 345; Jahrgang 1893 S. 161; Jahrgang 1901 S. 576
RG. im Rheinischen Archiv. Band 39. Abt. III. S. 46 ff
RG. im Justizministerialblatt von 1892. S. 306.
RG. in Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 1910. Nr. 2. S. 150 ff.
RG. in Blättern für Rechtsanwendung. 1910. Nr. 11. S. 386 ff.

B) In Strafsachen:

RGE. Band 1 S. 178 ff.	RGE. Band 18 S. 123 ff.
„ 7 S. 18 ff.	„ 27 S. 11 ff.

RG. in Deutscher Juristenzeitung. Jahrgang 1904. S. 817.

II. Des Reichsoberhandelsgerichts:

ROHGE. Band 5 S. 204 ff.	ROHGE. Band 12 S. 261 ff.
„ 6 S. 417 ff.	„ 14 S. 3 ff.
„ 9 S. 16 ff.	„ 20 S. 180 ff.

III. Des Kammergerichts:

In Johow-Ring's Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts:

Band 6 S. 65 ff.	Band 23 S. A. 96 ff.
„ 9 S. 142 ff.	„ 24 S. A. 109 ff.
„ 11 S. 124 ff.	„ 24 S. A. 126 f.
„ 13 S. 230/31	„ 27 S. A. 276 ff.
„ 17 S. 44 ff.	„ 28 S. A. 251 f.

In Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan und Falkmann): Band 6 S. 260 f.; Band 9 S. 222 f.; Band 9 S. 254 ff.
In Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts: Band 3 S. 43; Band 9 S. 71.

IV. Des Bayerischen Obersten Landesgerichts:

In seinen Entscheidungen:

Band 9 S. 603 ff.	Band 14 S. 195 ff.	Band 14 S. 610 ff.
„ 12 S. 345 f.	„ 14 S. 220 ff.	„ 15 S. 676 ff.
„ 12 S. 426 f.	„ 14 S. 253 ff.	„ 15 S. 874 ff.
„ 13 S. 490 ff.	„ 14 S. 451 ff.	„ 16 S. 146 ff.
„ 13 S. 629 ff.	„ 14 S. 589 ff.	„ 16 S. 169 ff.
„ 13 S. 642 ff.	„ 14 S. 603 ff.	„ 17 S. 191 ff.

Neue Folge. Band 1. S. 523 ff.
In Seuffert's Archiv. Bd. 56. Nr. 181.
In Rechtsprechung. Band 10. S. 239.
In Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Jahrgang 8. S. 257.

V. Der Oberlandesgerichte:

OLG. Stettin in RGE. Band 30. S. 150 ff.
Hamburg in Seuffert's Archiv. Band 49. S. 298.
„ bei Johow-Ring. Band 22. S. D. 23 ff.
„ in Seuffert's Archiv. Bd. 45. Nr. 164.
„ in Rechtsprechung. Band 3. S. 34 f.
Braunschweig in Seuffert's Archiv. Band 56. Nr. 131.
„ in Braunschweiger Zeitschrift für Rechtspflege Band 40. S. 11/12.
„ daselbst. Bd. 45. S. 170.
„ in Deutscher Juristenzeitung. 1901. S. 312.
Karlsruhe in Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Jahrgang 11. S. 213.
Kolmar in Zeitschrift für Handelsrecht. Band 46. S. 498.
„ in Rechtsprechung. Band 12. S. 92 Anm. 1.
„ in Zeitschrift für Elsaß-Lothringen. Band 27. S. 144.
Köln im Rheinischen Archiv. Bd. 95. S. 228.
Dresden in Rechtsprechung. Band 9. S. 306.
„ in den Annalen des sächsischen Oberlandesgerichts. Band 7. S. 72 ff.

Landgericht Eisenach in Zeitschrift für Handelsrecht. Band 42. S. 523.
„ Straßburg in Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Jahrgang 9. S. 36/37.

VI. Der Oberverwaltungsgerichte:

A) Des preußischen Oberverwaltungsgerichts:

OVGE. Band 30. S. 78 ff.; Band 31. S. 43 ff.; Band 37. S. 95 ff.
In Zeitschrift für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Jahrgang 12. S. 46.
Daselbst. Jahrgang 13. S. 236.
Im preußischen Verwaltungsblatt. Jahrgang 21. Nr. 38. S. 433.
Daselbst. Jahrgang 26. Nr. 17. S. 287.

B) Des sächsischen Oberverwaltungsgerichts:

In Deutscher Juristenzeitung. Jahrgang 1904. S. 608.

I.

Neben einer Gesellschaftsform, die der römischen societas entspricht, kennt das ältere deutsche Recht in seiner „Gemeinschaft zur gesamten Hand" eine Gemeinschaftsform, bei welcher infolge inniger familien- und personenrechtlicher Beziehungen außer der Gemeinschaftlichkeit der Vermögensobjekte eine stärkere Verknüpfung der beteiligten Personen stattfindet[1]).

Den Urtyp der Gemeinschaft zur gesamten Hand finden wir in der nach dem Tode des Vaters von den Brüdern „fortgesetzten Hausgemeinschaft" des germanischen Familienrechts. Regelmäßig fand nach dem Tode des Familienoberhauptes keine Aufteilung der Hinterlassenschaft unter den Erben statt, sondern man blieb — oft mehrere Generationen hindurch — auf dem ererbten Grundbesitze wohnen und wirtschaftete weiter auf „gemeinschaftlichen Gedeih und Verderb, d. h. zu gleichartiger Nutzung nach Maßgabe des gleichartigen Bedürfnisses.

Diese Form innigen Zusammenlebens bedingte eine besondere Gestaltung der Miteigentumsverhältnisse an dem gemeinschaftlichen Vermögen. Nach der subjektiven Seite hin trat die Person des einzelnen Genossen vor der äußerlich zu einer gewissen Einheit zusammengefaßten Mehrheit zurück, und entsprechend verblaßte nach der objektiven Seite hin das dem Einzelnen zustehende Recht am Gemeinschaftsobjekt, der sachenrechtliche Anteil vor der in die Augen fallenden wirtschaftlichen Einheit des gemeinschaftlichen Gutes. Dieses Vorherrschen der Gemeinschaftssphäre nach außen war rechtlich festgelegt durch den Satz, daß einerseits eine Verfügung über einen zum Gemeinschaftsvermögen gehörigen Gegenstand nur von allen Genossen gemeinsam „zur gesamten Hand" vorgenommen werden konnte, und daß andererseits der Einzelne nicht unabhängig über seinen Teil verfügen konnte. Es sollte hierdurch dem Einzelnen unmöglich gemacht werden, durch Veräußerung seines Anteils den übrigen eine fremde Person als Gemeinder aufzudrängen, was

---

[1]) Benutzt wurde bei der folgenden geschichtlichen Darstellung insbesondere Gierke, Deutsches Privatrecht I § 80, sowie Heymann, Vorlesung über deutsches Privatrecht (ungedruckt).

dem familienrechtlichen Charakter der Gemeinschaft widersprochen hätte.

Außer bei der Erbengemeinschaft sehen wir das Gesamthandsprinzip sich schon frühzeitig in der ehelichen Gemeinschaft geltend machen, wo es an Stelle der ausschließlichen ehemännlichen Herrschaft (munt) ein genossenschaftliches Rechtsverhältnis beider Ehegatten ins Leben ruft, und ebenso bei gebrochener Ehe im Verhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern. Auch hier zeigen sich dieselben charakteristischen Wirkungen der Gesamthandsidee wie bei der Erbengemeinschaft: ein Überwiegen der Gemeinschaftssphäre und demzufolge ein Zurücktreten der Einzelperson und ihres Anteils am Gesamtgute: „Recht und Pflicht realisieren sich nur in gemeinsamem Handeln; ein Vorgehen des einzelnen ohne Mitwirkung der anderen ist ausgeschlossen" (s. Heusler, Institutionen S. 226).

Die im Boden des Familienrechts wurzelnde Rechtsidee der gesamten Hand dehnte sich allmählich auch auf andere Rechtsgebiete aus, indem sie vertragsmäßig auf Rechtsverhältnisse unter Nichtverwandten übernommen wurde. Der spezifisch familienrechtliche Charakter der Gemeinderschaft, insbesondere die häusliche Gemeinschaft ging zwar hierbei verloren, aber auch jetzt noch blieb das dem Urfall nachgeahmte personenrechtliche Verhältnis der Genossen zu einander ihre Grundlage und ihr charakteristisches Kennzeichen. Je nach dem Stande der Genossen erhielt die vertragsmäßig begründete Gesamthandsgemeinschaft eine besondere Färbung. So machte man zunächst von dem Rechtsbegriffe der gesamten Hand in bäuerlichen Kreisen Gebrauch und schuf dort die sog. Zusammenteilungen, Verbrüderungen, indivisions usw. Ebenso entstanden in den ritterbürtigen Kreisen seit dem 13. und 14. Jahrhundert die sog. Ganerbschaften, sowohl an Allod wie an Lehn, und im hohen Adel die Erbverbrüderungen. Schließlich erlangte die Gemeinschaft noch eine besondere Bedeutung in den Städten, wo insbesondere die Arbeits- und Erwerbsgesellschaften der Handwerker (vgl. Ssp. I, 12), die offene Handelsgesellschaft und die Rhederei als auf dem Gesamthandsprinzip beruhende Personengemeinschaften ins Leben traten (s. hierzu insbes. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter S. 44 ff.).

Mit der Loslösung von der familienrechtlichen Grundlage wurde auch das häusliche Zusammenleben der Gemeinder allmählich unwesentlich. Zugelassen wird nun insbesondere an Stelle der Substanz- oder Tatteilung bloße Nutzteilung (mut-

schirung). Auch fällt nunmehr das Erfordernis der unbeschränkten Vermögensgemeinschaftlichkeit fort, so daß es möglich wird, nur einzelne Rechte oder einzelne Verbindlichkeiten zu vergemeinschaften, z. B. eine Burg, ein Handelsgeschäft, ein Landgut. Damit entwickelt sich zugleich der Gedanke, daß das Gesamtgut infolge seiner besonderen Zweckbestimmung ein vom sonstigen Vermögen verschiedenes Sondervermögen ist, vor allem, da es infolge seiner Unterstellung unter den Gesamthandsbegriff einheitlichen Rechtsschicksalen unterliegt, verschieden von dem Privatvermögen der Genossen.

Ebenso wie es möglich war, nur gewisse Teile des Vermögens der Genossen zum gemeinschaftlichen Vermögen zu machen, so konnte man schließlich auch die Wirkungen des Rechtsgedankens der gesamten Hand nur auf einzelne beschränken, so z. B. in den Erbverbrüderungen auf die bloße erbrechtsähnliche Akkreszenz.

Die Folge aller dieser im Interesse des jeweilig von den Genossen verfolgten Zweckes zugelassenen Abwandelungen der ursprünglich einheitlichen Gesamthandsgemeinschaft war eine große Mannigfaltigkeit und weitgehende Zersplitterung der Gemeinderschaftsverhältnisse.

So sehr uns dies heute das Erkennen der eigentlichen rechtlichen Natur des Prinzips der gesamten Hand erschwert, so war diese weite Verbreitung der Gesamthandsgemeinschaften damals nicht zum wenigsten der Grund für ihre auch nach der Rezeption fortdauernde Haltung und Anerkennung. Die romanistische Lehre versuchte zwar, sie den römischrechtlichen Denkformen der societas und communio zu unterwerfen, sah sich aber hierbei, um ihrem Wesen als personenrechtliche Gemeinschaft wenigstens einigermaßen gerecht zu werden, gezwungen, weitgehende „deutschrechtliche Modifikationen" anzuerkennen.

Zu besonderer Bedeutung gelangte der Gesamthandsbegriff durch seine Aufnahme in die großen Kodifikationen, vor allem in das Preußische Allgemeine Landrecht, das ihn zur Gestaltung des Miteigentums, der Gesellschaft und der Erbengemeinschaft heranzog.

Auch unser heutiges Recht hat sich seiner bemächtigt und ihn bei zahlreichen Rechtsgemeinschaften zur Anwendung gebracht, so bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Erbengemeinschaft, der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Rhederei. Freilich ist das Prin-

zip der gesamten Hand auch in unserem jetzigen Rechte nicht bei allen Rechtsinstituten in derselben Weise zum Ausdruck gekommen, sondern es hat sich, je nach der geschichtlichen Entwicklung des betreffenden Rechtsverhältnisses und dem Zwecke der Anwendung des Gesamthandsgedanken auf desselbe, in den einzelnen Gemeinderschaften verschieden ausgeprägt.

Je nachdem das personenrechtliche Band straffer angezogen oder gelockerter erscheint, der einzelne Genosse mit seinem Anteil also mehr oder weniger vor der Gemeinschaft als solcher zurücktritt (vgl. z. B. § 719 BGB. mit §§ 2033/34 daselbst oder mit § 503 HGB.), hat jede Gemeinschaft vom Gesetz eine besondere, nur ihr eigentümliche Gestaltung erfahren. Deshalb kann auch zur Klarlegung der Rechtsnatur der einzelnen Gemeinderschaft nicht auf die Erscheinungsform des Gesamthandsgedankens in seinen übrigen Anwendungsfällen Bezug genommen werden. Jeder Anwendungsfall ist vielmehr ein selbständiges, in sich abgeschlossenes Ganzes, das unter eigenen Gesichtspunkten zu behandeln ist. Eins aber ist auch heute allen Gemeinschaften zur gesamten Hand — im Gegensatz zu den Eigentumsgemeinschaften nach Bruchteilen — charakteristisch: die personenrechtliche Grundlage, auf welcher die dingliche Berechtigung der Genossen aufgebaut ist, die Bestimmung des Sachenrechts durch das Personenrecht. Allen sonstigen Meinungsverschiedenheiten zum Trotz ist heute der Charakter der Gemeinschaften zur gesamten Hand als Rechtsgemeinschaften kraft Personenrechts dank dem Einflusse G i e r k e s fast allgemein anerkannt.

Sehr bestritten ist dagegen die Rechtsnatur der einzelnen dem Gesamthandsgedanken unterworfenen Rechtsverhältnisse, besonders der sachenrechtlichen Beziehungen des einzelnen Gemeinders zum Gemeinschaftsgute.

Dies gilt namentlich von der offenen Handelsgesellschaft.

Mit der Gestaltung des gesamthänderischen Miteigentums bei ihr sollen sich folgende Ausführungen beschäftigen.

Es hat verhältnismäßig lange gedauert, bis Theorie und Rechtsprechung die offene Handelsgesellschaft als ein vom Gesamthandsgedanken beherrschtes Rechtsverhältnis anerkannt haben. Bevor sich diese insbesondere von G i e r k e verfochtene Ansicht endgültig durchgesetzt hatte, glaubte man ziemlich allgemein, wie bei allen Gesamthandsgemeinschaften, so auch bei der offenen Handelsgesellschaft mit dem einfachen römischrechtlichen Miteigentum — allerdings unter Anerkennung zahl-

reicher deutschrechtlicher Modifikationen — auskommen zu können,

— so insbesondere Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts § 11 S. 87 ff., Adler bei Holdheim Bd. 6 S. 20; Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. § 96 S. 329; Renaud, Recht der Kommanditgesellschaften S. 227 ff.; Goldschmidt, System des Handelsr. usw. § 42 S. 133; vgl. v. Gerber, Deutsch. Privatr. § 77 S. 203; Thöl, Volksrecht S. 59 ff, Zimmerle, Stammgutssystem S. 91 ff., Windscheid, Pand. § 169a Nr. 8, Förster, Preuß. Privatr. Bd. III § 167 Nr. 22 ff., Roth, Bayer. Privatr. § 120, v. Wächter, Württemb. Privatr. Bd. II S. 580, Reyscher in seiner Zeitschr. Bd. 8 S. 386, Bd. 16 S. 152, Duncker, Gesamteigentum S. 1 ff., Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum S. 1 ff. —

ein Standpunkt, der neuerdings wieder von Laband (in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 1 ff.) mit Entschiedenheit vertreten worden ist.

Diese sog. Sozietätstheorie kann heutzutage als völlig überwunden angesehen werden. Ihr Hauptmangel lag in dem Verkennen des personenrechtlichen Charakters der Gesamthandsgemeinschaften und in der schablonenhaften Unterordnung deutschrechtlicher Institute unter römische Rechtsbegriffe.

Im Verschwinden ist eine weitere Ansicht, welche der offenen Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit zuerkennen will.

Vertreten wurde sie bisher von Gotter in Buschs Arch. Bd. 18 S. 348 ff., Ladenburg in Siebenhaars Arch. Bd. 10 S. 232; Affolter im Arch. f. bürg. Recht Bd. 5 S. 5—11; Eccius daselbst Bd. 32 S. 1—18; Anschütz und v. Völderndorff, Komm. Bd. II §§ 2—5 S. 5—15; Kohler, Recht des Markenschutzes S. 235 und von demselben im Arch. für zivilist. Praxis Bd. 91 S. 204 ff.

Ebenso wie der Sozietätstheorie widerspricht dieser Ansicht nicht nur die geschichtliche Entwicklung der offenen Handelsgesellschaft, ihre Entstehung aus den deutschrechtlichen Gemeinderschafts- (d. h. Miteigentums-) formen, sondern auch das Gesetz selbst, das an keiner Stelle — auch nicht durch die Zulassung des Kollektivnamens der Firma in § 124 HGB. — die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft anerkennt, dieser vielmehr

durch § 105 Abs. 2 HGB. die gleiche Gestaltung wie der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zuweist.

Bedeutungslos für die hier zu untersuchende Frage ist eine Abschweifung der letztgenannten Theorie, welche die offene Handelsgesellschaft als „relative" juristische Person erklärt wissen will, bedeutungslos deshalb, weil sie mit dem Schlagwort „relative juristische Person" lediglich die äußere Seite der offenen Handelsgesellschaft charakterisiert, ohne sich über die sachenrechtliche Natur ihres Innenverhältnisses auszusprechen.

Als ihre Anhänger sind zu nennen: Dahn (Handelsrechtl. Vorträge S. 76), Gareis-Fuchsberger, Komm. zum HGB. S. 210 ff., Gareis (Handelsr. 6. Aufl. S. 176), Gaupp-Stein (Komm. zur ZPO. Bd. I S. 139).

Ähnlich steht es mit der „kollektiven Einheit" Brinkmanns (Handelsr. S. 126, 233), der mit dieser Definition zwar die Erscheinungsform der offenen Handelsgesellschaft insofern zutreffend wiedergibt, als sie vermöge ihrer geschlossenen Einheit nach außen wie eine juristische Person auftritt, im übrigen damit aber auch nur sagt, wie die Gesellschaft aussieht, nicht, was sie ist.

Zu erwähnen ist schließlich noch die von Lastig (Endemanns Handbuch Bd. I S. 335—343) aufgestellte Theorie, nach welcher bei der offenen Handelsgesellschaft überhaupt kein Miteigentum vorliegt, das Rechtsverhältnis sich vielmehr in einer bloßen Dispositionsgemeinschaft erschöpft. Diese Ansicht, die im übrigen weitere Verbreitung nicht gefunden hat, erscheint zum mindesten heute unhaltbar gegenüber der klaren Bestimmung des Gesetzes im § 718 BGB., wonach die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände „gemeinschaftliches Vermögen", also Miteigentum, der Gesellschafter werden.

Um alle diese Theorien dreht sich heute der Streit nicht mehr: sie sind seit der allgemeinen Anerkennung des Gesamthandsprinzips für die offene Handelsgesellschaft mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt worden. Heute handelt es sich um die weitere Frage, ob und in welcher Weise das Miteigentumsrecht des einzelnen Gesellschafters in Bezug auf das vergemeinschaftete Vermögen durch das Prinzip der gesamten Hand beeinflußt wird; um die Frage: wer ist Subjekt des vergemeinschafteten Gutes, die gesamthänderische Gemeinschaft als solche oder jeder einzelne Gesellschafter zu einem gewissen Teile?

Die in Wissenschaft und Praxis herrschende Theorie bejaht die erstere Alternative.

Ihre Vertreter sind insbesondere: Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 424 ff., Bd. II § 12 und § 36; Genossenschaftstheorie S. 343 ff., 436 ff.; Vereine ohne Rechtsfähigkeit insbes. S. 27 ff.; Deutsches Privatrecht Bd. I § 80 Nr. 3 S. 676 ff., Bd. II § 122 S. 387 ff.; Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 114 ff.; Behrend, Lehrb. des Handelsr. § 66 S. 470; Staub, Komm. z. Allg. D. HGB. 3. u. 4. Aufl. § 6 zu Art. 91; Komm. zum HGB. 6. u. 7. Aufl. Anm. 12 im Excurs zu § 123, daselbst 8. Aufl. Anm. 8 u. 27 zu § 105; Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. 3. Aufl. Bd. II S. 793 ff. u. S. 1093; Wolf, Sachenrecht 4. u. 5. Aufl. S. 269; Makower, Komm. zum HGB. 13. Aufl. S. 280 Nr. 2; Planck, Komm. zum BGB. Bd. III, 1. u. 2. Aufl. Anm. 3 zu § 925 S. 164 ff.; Staudinger-Kober, Komm. zum BGB. Anm. II zu § 718; Ritter, Komm. zum HGB. Anm. 7 zu § 105; v. Hahn, Komm. zum Allg. D. HGB. Bd. I 2. Aufl. Vorbem. zu Art. 110 ff. S. 339 ff. und Vorbem. zu Art. 106—109 S. 327 § 15; s. auch Stobbe, Handb. d. D. Privatr. Bd. II S. 65 ff.; Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. IV insbes. S. 207 bis 248; Jolly, Zeitschr. f. D. Rechtsgesch. Bd. XI S. 318; Unger, Österreich. Privatr. Bd. I S. 330 ff.; Kohler, allerdings nur hinsichtlich der Gesellschaft des BGB., im Arch. f. zivil. Prax. Bd. 91 S. 189 ff.; hinsichtlich der Rechtsprechung s. Teil II.

Ihre Lehre ist im wesentlichen folgende: Träger des gemeinschaftlichen Vermögens seien die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, die vom Recht zu einer „kollektiven Einheit“ zusammengefaßten Genossen. Dieser subjektiven Einheit gegenüber stünde in Gestalt des Gesellschaftsvermögens eine ebenso geschlossene objektive Einheit, „ein von der Summe seiner jeweiligen Bestandteile verschiedenes Rechtsobjekt“ (Gierke, Genossenschaftstheorie S. 495). Dieser Gestaltung zufolge sei sowohl eine selbständige Rechtsträgerschaft des einzelnen Gesellschafters wie auch eine ideelle Geteiltheit des Vermögens als Ganzen bezw. der einzelnen dazu gehörigen Gegenstände undenkbar. Der einzelne Gesellschafter komme nur insoweit als (unselbständiger) Rechtsträger in Betracht, als er in der Gesamtheit der Genossen enthalten sei. Eine Mitberechtigung des einzelnen, der Anteil im Sinne des

Gesetzes, sei also vorhanden, nur verkörpere sie sich nicht — wie bei dem „ungebundenen" Miteigentum — in einer Eigentumsquote, sondern stelle lediglich eine Beteiligung an der Gesamtherrschaft dar (Enneccerus a. a. O. S. 1015). Die Sachherrschaft, das Recht an der Substanz des Vermögens, stehe ausschließlich den Gesellschaftern in ihrer Zusammenfassung, als einer Einheit, zu. Obwohl diese Einheit nicht nur formelle Bedeutung habe, sondern auch materiellen Rechts sei, besitze jedoch die offene Handelsgesellschaft keineswegs Korporationsqualität. Gierke namentlich weist diesen Gedanken für alle Gesamthandsverhältnisse weit von sich und betont immer wieder, daß trotz aller „Einheit in der Vielheit" die gesamthänderische Miteigentumsgemeinschaft kein Rechtssubjekt, sondern ein bloßes Rechtsverhältnis darstelle (Genoss. Theorie S. 469), viel näher verwandt der Gemeinschaft nach Bruchteilen als der juristischen Person. Allerdings herrsche bei diesem Rechtsverhältnisse die Gemeinschaftssphäre derartig vor, daß die Sonderrechtssphären der einzelnen Gesellschafter — wenigstens hinsichtlich ihrer sachenrechtlichen Bedeutung — als in ihr aufgegangen, erschienen.

Dieser herrschenden Ansicht gegenüber vertritt eine Minorität in Wissenschaft und Praxis den Gedanken einer Geteiltheit der Eigentumszuständigkeit bei der offenen Handelsgesellschaft, einer selbständigen Rechtsträgerschaft des einzelnen Gesellschafters.

So insbes. v. Seeler, Das Miteigentum nach BGB. Kapitel 4 u. Schluß; Lehmann-Ring, Komm. zum HGB. S. 219 f.; Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners S. 405 Anm. 8; R. Schröder in der Festgabe für Großherzog Friedr. v. Baden 1896 S. 103 ff.; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht in Fischers Abhdlgn. z. Privatr. u. Civilproz. Bd. 5 S. 200 f.; Cosack, Lehrb. des Handelsr. 6. Aufl. S. 493 f.; Lehrb. des bürgerl. R. Bd. II, 4. Aufl. S. 423 ff.; Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum. Dissert. Rostock 1900 S. 45 u. in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 51 S. 52 ff.; Nagler im Sächs. Arch. f. bürgerl. R. u. Proz. Bd. 10 S. 700 f.; Sohm, Der Gegenstand § 10 S. 60 ff.; Dernburg, Recht der Schuldverh. 1. u. 2. Aufl. S. 545/46; Heymann, Vorlesung über Handelsrecht (ungedruckt); Oertmann, Recht der Schuldverh. 2./3. Aufl. Anm. 1 zu § 718 S. 783; Goldmann-Lilienthal, Das BGB. I S. 783; vgl. Meurer, Die juristische Person nach

Reichsrecht, insbes. S. 117 ff. u. Knoke, Das Recht der Gesellschaft § 31 S. 91 ff.; s. auch Heusler, Institutionen des Deutsch. Privatr. Bd. II § 50 S. 224 ff.; Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. III § 34; Das Problem der juristischen Persönlichkeit S. 78 ff.

Wenn diese Auffassung auch — ähnlich der vor Gierke herrschenden Anschauung — jedem Gesellschafter an jedem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstande eine quotale Mitberechtigung zuerkennt, so soll mit ihr doch keineswegs die längst überwundene Sozietätstheorie wieder ins Leben gerufen werden. Ihre Anhänger erkennen vielmehr mit der herrschenden Ansicht die Geltung der Gesamthandsgedanken für die offene Handelsgesellschaft unbedingt an und sind auch darin mit der herrschenden Theorie einig, daß das Prinzip der gesamten Hand als ein im deutschen Recht wurzelndes Rechtsinstitut mit Begriffen des römischen Rechts nichts zu tun hat. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre wird aber behauptet, daß die bei der offenen Handelsgesellschaft in subjektiver wie objektiver Beziehung vorhandene Geschlossenheit und Einheit lediglich eine äußere und formelle sei, die den konstruierenden Juristen nicht berechtige, das materiell zugrunde liegende Vielheitsrecht zu leugnen zu Gunsten eines mit unserem heutigen Rechtssystem in keiner Weise im Einklang stehenden Begriffs einer „Einheit in der Vielheit", eines Mitteldings zwischen juristischer Person und Miteigentumsgemeinschaft. Zugegeben wird, daß die dem einzelnen Gesellschafter zustehende Quote, der im Gegensatz zum römischen Recht „aus der Mitgliedschaft fließende" sachenrechtliche Anteil (Oertmann a. a. O. Anm. 1 zu § 718), vor der durch das gesamthänderische Band ins Leben gerufenen formellen Einheitssphäre zurücktritt, und die praktische Bedeutung des Anteils eine geringere ist als die der übrigen gesellschaftlichen Rechte.

Bei kritischer Betrachtung der beiden Ansichten muß ohne weiteres ein großer Vorzug der herrschenden Theorie darin anerkannt werden, daß nach ihr Erscheinung und Wesen des gesamthänderischen Miteigentums übereinstimmen, während die Theorie der geteilten Zuständigkeit zu einer Unterscheidung zwischen der äußeren Einheit und inneren Vielheit genötigt ist. Gerade diese Behauptung der Form und Wesensgleichheit wird aber von verschiedenen Schriftstellern

so namentlich Heusler a. a. O. I S. 249, Binder, Rechtsstellung des Erben III S. 27, Sohm a. a. O. S. 65

als logischer Mangel der herrschenden Lehre hingestellt mit der Begründung, daß der Begriff einer über das Formale hinausgehenden materiellen „Einheit in der Vielheit", d. h. der einer Mittelform zwischen Gemeinschaft und juristischer Person, gegen alle Gebote juristischer Logik verstoße und eine Personenvereinigung, die als solche rechtsfähig und doch keine juristische Person sein solle, einen Widerspruch in sich selbst darstelle. Dieser Vorwurf entbehrt der Begründung. Dahingestellt mag bleiben, ob und wie sich vom philosophischen Standpunkte aus der Begriff der „höheren Einheit" rechtfertigen läßt,

— vgl. hierüber Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände 1902 S. 16 ff., Binder a. a. O. S. 11 Anm. 13 und Lange, Geschichte des Materialismus Bd. II S. 249 —

positiv rechtlich ist er jedenfalls sehr wohl ohne alle Künstelei denkbar. Würde ihn das Gesetz ausdrücklich zur Grundlage für die Gestaltung der Gesellschaftergemeinschaft gemacht haben, wie dies z. B. das portugiesische Recht tut (vgl. Behrend, Lehrb. des Handelsr. S. 473), dann wäre hierdurch die Möglichkeit einer auf das Einzelrecht zurückgreifenden Konstruktion ausgeschlossen. Denn — so führt Enneccerus a. a. O. II S. 794 mit Recht aus — die Rechtsordnung ist nicht auf Befehle zu Gunsten einzelner oder an einzelne beschränkt, sondern kann ebensowohl Gebote zu Gunsten einer irgendwie verbundenen Mehrheit oder Befehle an eine irgendwie verbundene Mehrheit erlassen, so daß das Gebot nur allen zusammen zugute kommen soll und nur von allen zusammen zu erfüllen ist.

Die Möglichkeit der als „materielle kollektive Einheit" bezeichneten Rechtsform muß somit zugegeben werden.

Fraglich ist jedoch, ob diese Möglichkeit für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit auch für die offene Handelsgesellschaft zur Tatsache geworden ist.

Einer solchen Annahme stehen im Hinblick auf unser heutiges Rechtssystem schwerwiegende Bedenken entgegen.

Von vornherein muß festgestellt werden, daß bei der Konstruktion unserer heutigen Gesellschaft nicht auf Darstellung und Auffassung der Gemeinschaften zur gesamten Hand im mittelalterlichen Rechte zurückgegriffen werden kann (wie das Stobbe, Handb. II §§ 81 und 82 und in gewissem Maße auch Gierke, Genossenschaftsr. II § 36 tut). Wenn man sich in früherer Zeit wirklich die Gemeinschaften in ihrer Gesamtheit als Subjekt des gemeinschaftlichen Gutes dachte

— so Stobbe a. a. O. S. 65/66 im Gegensatz zu Heusler a. a. O. I S. 238 ff. (vgl. auch die Mittelmeinung Gierkes, Genossenschaftsth. S. 345 Anm. 2, Genossenschaftsr. II S. 947/48) —

so ist das für unser heutiges Recht gänzlich ohne Belang. Seit dem 1. Januar 1900 haben wir in dem bürgerlichen Gesetzbuch ein einheitliches deutsches Recht, in dem die verschiedensten Gedanken und Formen römisch- und deutschrechtlichen Ursprungs zu einer Einheit verarbeitet worden sind. Aus dieser Selbständigkeit des modernen Gesetzes heraus erwächst dem Dogmatiker die Aufgabe, die in den verschiedenen Rechten wurzelnden einzelnen Rechtsinstitute von einem einheitlichen Gesichtspunkte, dem des modernen Gesetzgebers, zu würdigen und ihre juristische Konstruktion nur mit denjenigen Rechtselementen zu bewirken, die ihm durch das Gesetz selbst an die Hand gegeben werden (vgl. Binder a. a. O. S. 29 ff.; Joerges, Diss. S. 44). Nicht aber darf es sich in Übertreibung des an sich berechtigten Strebens nach Volkstümlichkeit des Rechts dazu verleiten lassen, die oft naive Systematik des Mittelalters auf unser modernes Recht zu übertragen. Wahre Volkstümlichkeit des Rechts ist, wie Kohler (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 161) treffend sagt, „eine Volkstümlichkeit in der Schöpfung des Materials, nicht eine Volkstümlichkeit in der wissenschaftlichen Auffassung und Gliederung". Dieses „Material", in unserem Falle die durch strenge Zweckgeschlossenheit der Gesamtheit der offenen Handelsgesellschafter und ihres Sondervermögens bewirkte Einheit, haben wir mit der mittelalterlichen Gesamthand übernommen. An die juristische Konstruktion des gesamthänderischen Miteigentums unserer modernen Gesellschaftergemeinschaft aber muß die Wissenschaft ausschließlich mit den Mitteln unseres heutigen Rechts herantreten.

Hiernach kann eine der äußeren Form entsprechende materielle Einheit — sowohl hinsichtlich der Gesellschaftergemeinschaft als auch ihres Vermögens — nur dann als vorhanden angesehen werden, wenn mit den vom Gesetz gegebenen Mitteln eine derartige Konstruktion möglich ist, oder aber, wenn das Gesetz, in gewolltem Gegensatz zum sonstigen Rechtssystem, für die offene Handelsgesellschaft ausdrücklich eine besondere Art subjektiver und objektiver Einheit geschaffen hat.

Zunächst wäre somit zu prüfen, ob eine „gemeinheitliche Rechtsträgerschaft" mehrerer nicht als juristische Person auftretender Subjekte mit unserem Rechtssystem im Einklang steht,

und ob nach dem Gesetz ein Recht von einheitlicher Struktur an einem aus den verschiedenartigsten Bestandteilen gebildeten Vermögen denkbar ist. Es handelt sich also um die doppelte Frage: gibt es nach unserem Recht neben den Individuen und juristischen Person noch andere Rechtssubjekte, und erkennt das Gesetz unter Umständen Mehrheiten von Sachen und Rechten als Einheitssache an?

Beides ist zu verneinen: mit unserem heutigen Rechtssystem läßt sich weder die Annahme der einheitlichen Rechtsträgerschaft einer auf Mehrheitsrecht beruhenden Gemeinschaft, noch der Begriff der Gesamtsache vereinigen; schon aus äußerlichen Gründen nicht, da keine der beiden Rechtsformen im allgemeinen Teile des BGB. neben der Einzelperson und der Einzelsache ihren Platz gefunden hat, obwohl, wenn sie vom Gesetz bewußt zur Anwendung gebracht worden wären, sie zu den grundlegenden Begriffen „Person" und „Sache" zählen würden.

Von der subjektiven Seite aus ist unser System einzig und allein auf der Rechtsfähigkeit der „Person" aufgebaut. Hierbei wird neben der natürlichen Person eine Personenmehrheit nur unter der Form der juristischen Person als rechtsfähig anerkannt (§§ 1—79 BGB.). Außerhalb dieser Form gibt es für eine Mehrheit von Rechtssubjekten keine gemeinheitliche Rechtsträgerschaft; es ist somit jede nicht als juristische Person auftretende Personenmehrheit der Herrschaft des Vielheitsrechts unterworfen. Steht also ein Gegenstand wie bei der Gesellschaft mehreren Einzelpersonen gemeinschaftlich zu, so sind Träger des gemeinschaftlichen Rechts — gleichgültig unter welcher äußeren Form — die einzelnen Personen, und notgedrungen muß in Folge dessen die gemeinschaftliche Sphäre in Anteilsrechte der einzelnen die Gemeinschaft bildenden Individuen zerfallen: eine andere Konstruktion ist mit den vom Gesetz anerkannten Rechtselementen schlechterdings unmöglich, insbesondere widerspricht die dem System zugrunde gelegte Rechtsfähigkeit der Einzelperson und die Anerkennung einer Personenmehrheit als rechtlicher Einheit lediglich in Gestalt der juristischen Person der Annahme einer Mittelform zwischen der Gemeinschaft nach Vielheitsrecht und der juristischen Person.

Hierbei kann auch die durch die personenrechtliche Verbundenheit der Gesellschafter bewirkte „körperschaftsähnliche" Einheit nichts ändern. Wie Gierke (Genossenschaftsr. II S. 936) selbst sagt, „muß sich der begriffliche Gegensatz zwischen Gemeinschaft und Körperschaft bis ins Einzelne geltend machen, so

daß alle äußerlich ähnlichen Erscheinungen auf direkt entgegengesetzte Prinzipien zurückführen." Das gilt auch von der äußeren Einheit beider Rechtsformen: Während bei der Korporation der formellen Einheit auch eine materielle entspricht, liegt der „Einheit" bei der Gesellschaft, die als eine Form des Miteigentums vom Vielheitsrecht regiert wird, materiell eine Vielheit von Rechten zu Grunde: die Einheit ist bei ihr lediglich eine „gebundene Vielheit." Auch Gierke hat sich dieser Folgerung nicht ganz entziehen können. Auch er erkennt (Genossenschaftsr. II S. 947/48) an, daß, wenn auch die Geteiltheit der Gemeinschaftssphäre nicht zu Tage trete, „im Hintergrunde" freilich die Idee der Anteile schlummere; wie ja selbstverständlich, wenn das Subjekt eine Mehrheit sei, „zuletzt" immer auch mehrfaches Recht vorhanden sein müsse. Bis zu diesem „zuletzt" muß aber gerade die juristische Analyse vordringen, um die Rechtsbausteine, in unserem Falle die Individualrechte, aus denen sich jede Personengemeinschaft zusammensetzt, zu finden; nicht darf sie bei der diese Elemente verdeckenden äußerlichen Verbundenheit der Subjekte" stehen bleiben und diese äußerlich zu einer gewissen Einheit verbundene Mehrheit selbst als ein Rechtselement behandeln, wie das die herrschende Ansicht tut. Denn damit wird auf jede wirkliche Konstruktion zu Gunsten einer lediglich an der äußeren Erscheinung haftenden Beschreibung verzichtet.

Worin im übrigen der von der herrschenden Ansicht so scharf hervorgehobene begriffliche Gegensatz — ein Unterschied hinsichtlich der praktischen Bedeutung ist überhaupt nicht vorhanden — zwischen der Einheit bei der Körperschaft und der von ihr behaupteten Einheit bei der Gesamthandsgemeinschaft, insbesondere der offenen Handelsgesellschaft, besteht, ist nicht ersichtlich. So sehr deren Vertreter auch betonen, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand der Gemeinschaft nach Bruchteilen viel näher stehe als der juristischen Person, daß sie lediglich ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt sei, so landet ihre Personeneinheit, der die ganze Gemeinschaftssphäre unterworfen sein soll, doch schließlich bei einem Rechtssubjekt mit eigener Daseinssphäre. Denn ist die Gesamtheit der Gesellschafter als solche vermögens-, d. h. rechtsfähig, so ist sie eine Rechtspersönlichkeit. Eine Personenvereinigung, die nur in gewissen Beziehungen rechtsfähig wäre, in anderen dagegen auf Rechtsfähigkeit verzichten müßte, ist nach unserem Rechtssystem undenkbar, weil Rechtsfähigkeit uns ein einheitlicher, nicht zerlegbarer Begriff

ist (vgl. Nagler a. a. O. S. 721 im Gegensatz zu Gierke, Genossenschaftsth. S. 492). Gerade der begriffliche Gegensatz zur Körperschaft muß uns zur Erkenntnis führen, daß wir es bei der gesamthänderischen Gesellschaftergemeinschaft trotz aller „Gebundenheit" oder „Verbundenheit" mit einer Mehrheit von Rechtsträgern zu tun haben.

Ebensowenig läßt sich nach der objektiven Seite hin eine Einheit des Vermögens konstruieren. Das BGB. hat trotz der Angriffe Gierkes gegen die im ersten Entwurf zur Geltung gebrachte romanistische Anschauung (s. Beiträge Heft 18 S. 107 ff.) an der Auffassung, daß Sachinbegriffe keine selbständigen Rechtsobjekte sind, festgehalten (vgl. Endemann, Einführung Bd. I § 50 II 2 Note 10). Als Rechtsobjekt kommt nach unserem heutigen Rechte nur der einzelne körperliche Gegenstand in Betracht (§ 90 BGB.). Daß dieser seiner Rechtsobjektivität zeitweilig nach bestimmten Richtungen hin entkleidet werden könne, durch einen seine körperliche Selbständigkeit unberührt lassenden rein juristischen Akt wie die Einbringung in ein Gesellschaftsvermögen, erscheint nicht denkbar (vgl. Joerges, Diss. S. 44). Wie das Gesetz in subjektiver Hinsicht von dem Individuum ausgeht, so legt es seinem System in objektiver Hinsicht die Einzelsache, das Einzelrecht zugrunde. Ein Komplex von Sachen und Rechten mag also im übrigen durch Bestimmungen des Gesetzes noch so innig verbunden und abgesondert sein, eine wirtschaftlich noch so sehr hervorstechende Einheit — wie gerade das Sondervermögen der offenen Handelsgesellschafter — bilden, niemals wird diese äußerliche Geschlossenheit eine über den einzelnen Gegenständen stehende Sacheinheit, ein Rechtselement, erzeugen; es bleiben vielmehr durch alle formelle Einheit hindurch die einzelnen Gegenstände bedeutungsvoll, als die Rechtsbausteine, aus deren Gesamtheit sich das Vermögen, eine bloße Summe von Rechtsobjekten, zusammensetzt.

Wie hier außer Endemann a. a. O., auch Dernburg, Sachenr. S. 7 ff., Crome, Lehrb. des bürg. R. I S. 275 Nr. 13, Enneccerus a. a. O. I S. 284, Cosack, Lehrb. des bürg. R. I § 49, Joerges, Diss. S. 36 ff., Binder, Rechtsstellung III S. 19 ff., Sohm a. a. O. S. 8, 24, 69 u. a. m.

Deshalb können auch dingliche Rechte an einem Vermögen dieses nicht als solches, sondern lediglich in seinen Bestandteilen, den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen, ergreifen, d. h. auf die offene Gesellschaft angewendet: die Teilrechte der Gesell-

schafter bestehen an jedem einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstand, nicht machen sie vor der äußeren Geschlossenheit der Objektsvielheit halt, um das Vermögen nur als Ganzes zu erfassen. Ein Anteil am Vermögen als Ganzen ist überhaupt nicht vorstellbar. „Anteil“, auch der des Gesellschafters, bedeutet Teilnahme an einem Recht. Ist das Vermögen nun kein einheitliches Recht, wie oben gezeigt ist, sondern eine Summe von Rechten, so lassen sich lediglich Anteile der Gesellschafter an den einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenständen vorstellen. Wenn trotzdem das Gesetz in §§ 719, 738 BGB., 142 HGB. von „Anteilen am Gesellschaftsvermögen“ neben „Anteilen an den einzelnen Gegenständen“ spricht, so ist dies, da diese Summe der Teilrechte unzertrennlich mit den übrigen für den Teilhaber durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Rechten und Pflichten verbunden ist, lediglich eine ungenaue Bezeichnung für die „Mitgliedschaft“ (so insbesondere Sohm a. a. O. S. 68/69, vgl. auch Hellwig a. a. O. S. 200, der den „Anteil am Vermögen“ ganz ähnlich als das dem Einzelnen zustehende „Gesellschaftsrecht im Ganzen“ bezeichnet, und Knoke a. a. O. S. 92).

Der Begriff des Anteils am Vermögen als Ganzen ist nun verschiedentlich von der herrschenden Theorie — s. insbes. Gierke, Genossenschaftsth. S. 497 ff. — für ihre Ansicht verwertet worden, nicht aber als Anteil an der Substanz, sondern lediglich als Anteil am Wert des Vermögens, „der weder beim Bestande noch nach Auflösung der Gesellschaft irgendeinen Anspruch auf einen Naturalteil gibt, sich vielmehr in dem Anspruch auf einen seinen Wert darstellenden Geldbetrag erschöpft.“ Wenn die herrschende Theorie glaubt, durch Annahme dieses Wertanteilsbegriffs der notwendigerweise bei der offenen Handelsgesellschaft vorhandenen Teilung des Rechts zu genügen (s. Gierke a. a. O. S. 497 Anm. 2), so verkennt sie, daß die offene Handelsgesellschaft eine Eigentums-, nicht eine Wertgemeinschaft darstellt, und daß infolgedessen die Anteile der Gesellschafter nicht bloß den Wert des Vermögens, sondern dieses selbst, d. h. seine Substanz, erfassen müssen. Daß diese Anteile am Wert im übrigen vorhanden sind und sich — wie Laband (in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 44—54) überzeugend nachgewiesen hat — in den Partizipialkonten der Gesellschafter verkörpern, soll nicht bestritten werden: sie stellen aber lediglich die obligatorischen Beziehungen der Gesellschafter untereinander dar und haben ihrer Natur gemäß mit den sachenrechtlichen Anteilen der Gesellschafter an der Substanz des Vermögens nicht

das Geringste zu tun. So wird auch die von der herrschenden Ansicht verteidigte Rechtsträgerschaft der Gesamtheit der Gesellschafter als kollektiver Einheit durch die Annahme von Anteilen der Gesellschafter am Wert des Vermögens als Ganzem in keiner Weise modifiziert. Die Behauptung Gierkes (a. a. O. S. 497 Anm. 2), daß seine Lehre gerade infolge der Anerkennung ideeller Wertanteile eine vermittelnde Stellung einnähme zwischen der schroffen Verneinung jeder Quotenteilung einerseits (wie sie insbes. bei Behrend a. a. O. S. 470 und v. Hahn a. a. O. I S. 364 und 366 zum Ausdruck kommt) und der Behauptung einer Geteiltheit der Zuständigkeit andererseits, trifft daher nicht zu. Die Charakterisierung der nicht zu leugnenden Teilrechte der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen (siehe Gierke a. a. O.) als Anteile am Wert des Vermögens unter Degradierung der Anteile an den einzelnen Gegenständen zu „bloßen Denkformen ohne reellen Gehalt“ (Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 27) ist nichts weiter als eine notwendige Folgerung aus der von der herrschenden Theorie behaupteten Ungeteiltheit der sachlichen Zuständigkeit.

Ein neues Argument gegen die hier vertretene Geteiltheit der Rechtssphäre ist jedenfalls mit dem Nachweis von Wertanteilen nicht geschaffen.

Als Resultat der sachlichen Erörterungen können wir also den Satz aufstellen: nach den unserem Rechtssystem zugrunde liegenden Rechtselementen ist die Konstruktion der Gesellschaftergemeinschaft als einer materiellrechtlichen kollektiven Einheit unmöglich, und zwar sowohl von der subjektiven wie auch der objektiven Seite aus.

Nun ist von Anhängern der herrschenden Lehre verschiedentlich behauptet worden, der Gesetzgeber habe mit den Gemeinschaften zur gesamten Hand, also auch mit der offenen Handelsgesellschaft, das sonstige Rechtssystem durchbrechen und diesen Personengemeinschaften in bewußtem Gegensatze zum System eine besondere Stellung geben wollen. Insbesondere hat Enneccerus (a. a. O. II S. 794) ausgeführt, „daß die Rechtsordnung nicht auf Befehle zugunsten einzelner oder an einzelne beschränkt sei, sondern ebensowohl Gebote zugunsten einer irgendwie verbundenen Mehrheit oder Befehle an eine irgendwie verbundene Mehrheit erlassen könne.“

Wie bereits oben S. 10 hervorgehoben ist, muß diesem Gedanken in dieser allgemeinen Fassung voll zugestimmt werden: der Gesetzgeber ist an ein bestimmtes Rechtssystem nicht gebunden,

deshalb kann die Möglichkeit einer Verwendung der „kollektiven Einheit“ durch ihn nicht bestritten werden. Wird aber die Anwendung dieses allgemeinen Gedankens auf ein konkretes Rechtsverhältnis behauptet, die „kollektive Einheit“ nicht als bloße Möglichkeit, sondern als Tatsache hingestellt, dann muß bewiesen werden, daß die Rechtsordnung ihre Gebote tatsächlich zugunsten der so und so verbundenen Mehrheit oder ihre Befehle tatsächlich an die so und so verbundene Mehrheit erlassen hat.

Die weitere Frage ist also für uns, ob die Rechtsordnung, die zur Gesellschaft verbundene Personenmehrheit in der Tat als „Wesenseinheit“ behandelt wissen will, ob die von ihr gegebenen Rechtssätze als Ausflüsse eines quotenlosen gesamthänderischen Miteigentums aufgefaßt werden müssen.

Zur Beantwortung dieser Frage müssen die in Betracht kommenden §§ 718, 719 BGB. einer näheren Prüfung unterzogen werden.

Nach § 718 werden die eingebrachten und die durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Hiernach ist einmal festzustellen, daß sich das Gesellschaftsvermögen aus den einzelnen eingebrachten und erworbenen Gegenständen als seinen Elementen zusammensetzt, daß also das Vermögen selbst vom Gesetzgeber nicht als eine von den einzelnen Gegenständen unabhängige Sacheinheit gedacht worden ist. Ferner steht nach § 718 fest, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände den Gesellschaftern „gemeinschaftlich“, also als einer Mehrheit von Personen, nicht der Gesamtheit als solcher „gemeinheitlich“, zustehen.

Aus diesen Bestimmungen läßt sich somit eine bewußte Abweichung des Gesetzes vom System nicht nachweisen. Nach ihnen stellt sich die Gesellschaft — hinsichtlich ihrer sachenrechtlichen Seite — zwanglos dar als ein Gemeinschaftsverhältnis mehrerer Rechtssubjekte in Bezug auf eine unter der Bezeichnung als Gesellschaftsvermögen zusammengefaßten Summe von Sachen und Rechten.

Welcher Art nun die Gemeinschaftlichkeit des Vermögens ist, sagt § 719, der dem einzelnen Gesellschafter neben „Anteilen am Vermögen“ — „Anteile an den einzelnen Gegenständen“ zuschreibt. Zugeben ist, daß ohne die Bestimmung des § 718 der Ausdruck „Anteil am Vermögen“ leicht zu der Annahme verleiten könnte, als habe der Gesetzgeber in dem Gesellschafts=

vermögen ein einheitliches Sachganzes schaffen wollen. Da aber, wie bereits ausgeführt, § 718 ausdrücklich die eingebrachten und erworbenen Gegenstände als die Elemente des Gesellschaftsvermögens hinstellt, letzteres somit nicht als ein einheitliches Recht, sondern als eine Summe von Rechten zu betrachten ist, so sind Anteile des Gesellschafters auch nur an den einzelnen diese Summe ausmachenden Gegenständen denkbar. Wenn neben diesen Anteilen das Gesetz noch von „Anteilen am Vermögen" spricht, so kann dieser Ausdruck nur aufgefaßt werden als eine ungenaue Bezeichnung für die Gesamtheit der dem einzelnen zustehenden Gesellschaftsrechte, zu denen auch das aus der Mitgliedschaft fließende Miteigentum an der Summe der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände zählt. Es liegt jedenfalls viel näher, beide „Anteile" als ihrem Wesen nach gleichartig aufzufassen — den einen als Miteigentum an den einzelnen Gegenständen, den andern als die Summe dieser Anteilsrechte (plus der damit unzertrennlich verbundenen Summe der sonstigen dem einzelnen zustehenden Gesellschaftsrechte) — als den „Anteil am Vermögen" zu einem bloßen Wertrecht zu stempeln und den „Anteil an den einzelnen Gegenständen" überhaupt zu leugnen, oder — was dasselbe ist — ihn höchstens als eine „Denkform ohne reellen Gehalt" anzuerkennen. Das Gesetz gibt jedenfalls zu einer solchen Unterscheidung keinen Anlaß (so auch K n o k e a. a. O. S. 92).

Auch die Bestimmung des § 719 läßt also die Möglichkeit der „kollektiven Einheit" nicht zur gesetzlich festgelegten Tatsache werden. Die in §§ 718 und 719 enthaltenen Rechtssätze stehen vielmehr mit der hier verteidigten Theorie der Geteiltheit der Eigentumszuständigkeit vollkommen im Einklang, so daß sich die Annahme eines systemwidrigen quotenlosen Miteigentums zu mindest als überflüssig erweist.

An der Erkenntnis, daß die Teilrechte der Gesellschafter die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände ergreifen, kann auch der durch § 719 für die Gesellschafter statuierte Ausschluß der Verfügungsmacht über den Anteil nichts ändern. Diese Bestimmung ist ein Ausfluß des personenrechtlichen Charakters der Gesellschaftergemeinschaft, lediglich eine Folge der Abhängigkeit des sachenrechtlichen Anteils von der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Mitgliedschaft des einzelnen: Anteilsrechte an dem Gesellschaftsvermögen sollen eben nur den durch das gesamthänderische Band umschlungenen Gesellschaftern, nicht dritten Personen, zustehen können. Kei-

nesfalls kann dieser Ausschluß der Verfügungsmacht auf das Nichtvorhandensein von Anteilsrechten der Gesellschafter zurückgeführt werden. Ein derartiger Schluß würde dem Gesetz direkt widersprechen: nach dem Wortlaut des § 719 — „der Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen verfügen" — ist keine andere Auffassung möglich, als daß das BGB. stillschweigend davon ausgeht, daß Anteile überhaupt vorhanden sind. Sonst wäre diese Bestimmung überflüssig. Die Gebundenheit der Teilrechte dient ausschließlich der Sicherung und Verfolgung gemeinschaftlicher wirtschaftlicher Interessen der an der Gesellschaft Beteiligten, weiter reicht ihre Bedeutung nicht. Einen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtszuständigkeit insbesondere kann sie nicht ausüben: wohl vermag sie die Grenzen der Einzelrechtssphären nach außen hin zu verdecken, nicht aber, „das Quotenbewußtsein nach innen" (Nagler a. a. O. S. 724) zu unterdrücken. Nichts zwingt uns dazu, die Gebundenheit der Anteile als äußeres Kennzeichen einer inneren Freiheit zu betrachten.

Auf die Gesetzesmaterialien kann zur Feststellung des Inhalts der hier in Rede stehenden Rechtssätze nicht Bezug genommen werden.

Die Motive scheiden von vornherein aus, weil die erste Kommission das Gesellschaftsverhältnis noch gänzlich nach dem Vorbilde der römischen Sozietät geformt hatte. Aber auch die Protokolle können nicht herangezogen werden: in der zweiten Kommission schwankten die Meinungen zwischen einem nach Quoten geteilten Miteigentum an den einzelnen Vermögensstücken und der Negation jeder Quotenrechte; als das charakteristische Merkmal erschien aber im allgemeinen „die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Gesellschafters". Da diese Meinungsverschiedenheit unerledigt blieb (s. Prot. II S. 430), so sah man — wie ausdrücklich hervorgehoben wird — von einer Entscheidung der wissenschaftlichen Frage nach dem Wesen der Gesellschaftsgemeinschaft ab und begnügte sich, „das Prinzip möglichst deutlich und verständlich zum Ausdruck zu bringen" (s. Prot. II S. 433).

Dies ist im § 719 BGB. geschehen. Das „Prinzip" tritt uns dort deutlich entgegen in der Geschlossenheit der Gesellschafter nach der subjektiven und objektiven Seite hin, bewirkt durch die ausgesprochene Verfügungsunfähigkeit des einzelnen Gesellschafters, sowohl hinsichtlich der Gesamtheit seiner Gesell-

schaftsrechte als auch hinsichtlich seiner Anteile an den zum Vermögen gehörigen Gegenständen. Das vom Gesetz der Gesellschaft — wie jeder Miteigentumsgemeinschaft — zugrunde gelegte Mehrheitsprinzip wird hier zu Gunsten des einheitlichen Gesellschaftszweckes, des Wirtschaftens auf gemeinschaftlichen Gedeih und Verderb, äußerlich der Einheitsform genähert. Für den Dogmatiker bleibt aber stets das dieser formellen Einheit zugrunde liegende Vielheitsrecht maßgebend; es liegt für ihn kein Grund vor, diese formelle Einheit als den Ausfluß eines aus dem Rahmen des Systems fallenden quotenlosen gesamthänderischen Miteigentums hinzustellen, solange die ihm von dem Rechtssystem an die Hand gegebenen Konstruktionsmittel zur Erklärung der Erscheinung ausreichen. Das ist ein Gebot der juristischen Ökonomie. Die herrschende Meinung schließt mit der Erklärung dieser Geschlossenheit als eines Ausflusses des quotenlosen Miteigentums über das Ziel hinaus. Dem Wortlaut und vor allem dem Zweck des Gesetzes wird vollauf genügt, wenn diese äußere Einheitlichkeit als eine Folge der innigen Gebundenheit der Anteile hingestellt und die Gebundenheit wiederum auf die personenrechtliche Grundlage der gesamthänderischen Miteigentumsquote — im Gegensatz zum „Bruchteil" bei der gewöhnlichen Gemeinschaft — zurückgeführt wird.

Steht somit fest, daß sachenrechtliche Anteile der Gesellschafter an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen als vorhanden angenommen werden müssen, so erhebt sich nun die weitere Frage, wie diese Anteile rechnerisch zu bestimmen sind. Hierüber sind die Gegner der herrschenden Lehre untereinander keineswegs einig.

Verschiedene Schriftsteller, wie Meurer (a. a. O. S. 134) und Knoke (a. a. O. S. 92) verzichten von vornherein auf eine ziffermäßige Berechnung mit der Begründung, daß es überhaupt an jedem Maßstabe fehle, um diese Anteile zu fixieren. Das Miteigentumsrecht des einzelnen Gesellschafters stellt sich ihnen als „ungesonderter Anteil" an den einzelnen Gegenständen dar, dessen Größe sich erst mit der Auflösung der Gesellschaft berechnen läßt. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. Ein ungesonderter, d. h. unbestimmter Anteil kann überhaupt nicht vorgestellt werden, erscheint als contradictio in adiecto für unser Denkvermögen geradezu als etwas Unfaßbares (so auch Sohm a. a. O. S. 71). Der Begriff des „Teils" ist wegen seiner

abstrakten Natur nur in Beziehung auf ein konkretes Verhältnis, nur in Verbindung mit einem bestimmten Maß denkbar: der unbestimmte Anteil ist somit überhaupt kein Anteil, sondern höchstens das, was Gierke als „Denkform ohne reellen Gehalt“ bezeichnet. Hätte das Gesetz dem Gesellschafter lediglich diesen Schatten einer sachenrechtlichen Mitberechtigung zusprechen wollen, dann würde es sich mit dem schlichten Ausdruck „Anteil“ nicht begnügt, sondern das Wesen dieses sogenannten Anteils hinsichtlich seiner Unbestimmtheit noch näher erläutert haben. Nichts aber ist in dieser Richtung geschehen. Daß das Gesetz das quotale Miteigentum des Gesellschafters nicht (wie in den §§ 1008 ff. BGB.) als „Bruchteil“ bezeichnet, hat mit der Frage der Bestimmtheit des Teilrechts nichts zu tun: die anderweitige Bezeichnung soll nur auf den Unterschied zwischen der „freien“ Mitberechtigung bei dem gewöhnlichen Miteigentum und der auf personenrechtlicher Grundlage beruhenden „gebundenen“ Mitberechtigung bei der gesellschaftlichen Miteigentumsgemeinschaft hinweisen. Ein weiteres kann aus dieser Verschiedenartigkeit des Ausdrucks nicht herausgelesen werden. Auch im Gesetz erscheint also die „Ungesondertheit“ des Anteils nicht begründet. Wenn im übrigen Meurer, Knoke u. a. den Anteil nach Auflösung der Gesellschaft für berechenbar erklären, so ändert das an der gegenwärtigen (durante societate bestehenden) Unbestimmtheit des Anteils nichts. Es zeigt aber die Behauptung der späteren Berechenbarkeit, daß diese Schriftsteller — ähnlich Gierke (Genossenschaftsth. S. 497 ff.) — in Wirklichkeit nicht den sachenrechtlichen Anteil am Werte des Gesellschaftsvermögens im Auge haben; denn die Summe, welche der einzelne gemäß § 155 HGB. nach Auflösung der Gesellschaft aus dem Vermögen herausgezahlt bekommt, oder die er an die übrigen Gesellschafter noch zu zahlen hat, stellt lediglich den Anteil des Gesellschafters am Wert des gesamten Vermögens dar: mit dem sachenrechtlichen Anteil an den einzelnen Gegenständen aber hat dieser Begriff — wie oben S. 15 schon dargelegt — nichts zu tun. Insbesondere ist ein Schluß von der Unbestimmtheit des Wertanteils auf die Ungesondertheit des sachenrechtlichen Anteils in keiner Weise gerechtfertigt. Es zwingt also nichts zur Verwendung des Begriffs des ungesonderten Anteils bei der Konstruktion der Gesellschaftergemeinschaft. Der Verzicht auf die Berechnung des als vorhanden behaupteten sachenrechtlichen Anteils bedeutet vielmehr ebensowohl einen Verzicht auf Konstruktion wie die Behauptung der Ungeteiltheit

der Zuständigkeit. Der Behauptung des Anteils — soll dieser mehr sein als eine bloße Denkform ohne reellen Gehalt — muß notwendigerweise seine rechnerische Bestimmung folgen. Das hat auch die Mehrzahl der eine Geteiltheit der Zuständigkeit vertretenden Schriftsteller richtig erkannt.

Drei Gruppen von Ansichten lassen sich unterscheiden, je nach dem Maßstabe, den sie bei der Berechnung der Quote verwenden.

Laband (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 40 ff.-, Adler (a. a. O. S. 90), Renaud (a. a. O. S. 232 ff.), R. Schröder (a. a. O. S. 121) und früher auch Cosack (Handelsr. 3. Aufl. S. 554 ff., vgl. Adler bei Holdheim VI S. 20) wollen der Ermittelung der Quotenrechte die Partizipationskonten der Gesellschafter zugrunde legen. Danach bestimmt sich die Größe der Anteile der Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Einlagen, vermehrt um die ihnen gutgeschriebenen Zinsen und Gewinnanteile und vermindert um die ihnen abgeschriebenen Verlustsummen und die der Gesellschaftskasse entnommenen Beträge.

Zur Begründung dieser Ansicht führt Laband folgendes an: da der Vermögensanteil der einzelnen sich zusammensetzt aus den von ihm zum Handlungsfonds geleisteten Beiträgen und seinen Gewinnanteilen und andererseits aus den von ihm aus dem Handlungsfonds erhobenen Beträgen und seinen Verlustanteilen, so muß jeder Posten der Partizipationskonten zugleich auch auf dem Kapitalkonto der Gesellschaft erscheinen, die Summe der Saldi zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern also gleich dem Bestande des Gesellschaftsvermögens sein. Aus dieser Gleichung folgert Laband nun, daß die Vermögensanteile, obgleich sie in Summen ausgedrückt werden und äußerlich als Forderungsrechte des Privatvermögens gegen das Gesellschaftsvermögen oder umgekehrt erscheinen, in Wahrheit dennoch die „Anteile" der Gesellschafter i. S. des Gesetzes bedeuten. Hiernach stellt er die Miteigentumsquote jedes Gesellschafters als einen Bruch dar, dessen Zähler von dem betreffenden Einzelsaldo und dessen Nenner von dem Gesamtsaldo der offenen Handelsgesellschaft gebildet wird.

Die Quoten sind nach dieser Ansicht einer dauernden Veränderung unterworfen; denn das Verhältnis der Beteiligung am Gesamtvermögen wird sich in der Regel infolge von Gewinn und Verlust der Gesellschaft oder Geld- und Zinsentnahmen

seitens der einzelnen Gesellschafter aus der Gesellschaftskasse unaufhörlich ändern.

Die Möglichkeit einer derartigen Variabilität ist nun von verschiedenen Schriftstellern, insbesondere von Knoke (a. a. O. S. 93), v. Hahn (a. a. O. S. 340/41), Enneccerus (a. a. O. II S. 1015 Anm. 4) u. a. mit dem Hinweis bestritten worden, daß man bei Annahme derartiger veränderlicher Anteile die Quote der eventuellen Partizipation überhaupt nicht von vornherein bestimmen könne. Das letztere trifft allerdings zu: die fortgesetzte Veränderung, die infolge des Geschäftsganges mit dem Einzelsaldo des Gesellschafters und dem Gesamtsaldo der Gesellschaft vor sich geht, bedingt auch eine dauernde Veränderung des von diesen beiden Größen gebildeten Bruches. Doch braucht deshalb die Laband'sche Quotenberechnung noch nicht verworfen zu werden. Denn die konstante Gleichheit ist keineswegs ein Wesenserfordernis des Anteilsbegriffes. Es genügt vielmehr, daß die Quote insofern eine bestimmte ist, als sie sich in jedem gegebenen Zeitpunkte feststellen läßt, sie also bestimmbar ist (so insbesondere Laband a. a. O. S. 58/59). Daß das römische Recht nur eine Gemeinschaft von vornherein feststehender Beteiligungsquote kannte, ist für uns kein Grund, neben dieser primitivsten Gestaltung des Miteigentumsverhältnisses die Möglichkeit einer Variabilität der Quotenrechte für das heutige Recht zu leugnen, zumal das Rechtsmotiv der gesamten Hand dem Miteigentum „eine breite Anlage und besondere Elastizität" verleiht, wie Gierke (Deutsch. Privatr. I § 80 V) ausdrücklich hervorhebt. Handelt es sich bei Gierke wie bei Laband letzten Endes um eine Variabilität der Anteile am Werte des Gesellschaftsvermögens, so erkennt das Gesetz durch Statuierung des Anwachsungsrechts in § 738 BGB. (vgl. § 142 HGB. und RGE. Bd. 68 S. 410 ff.) auch die Veränderlichkeit der sachenrechtlichen Anteile mittelbar an: wenn der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen den in der Gesellschaft verbleibenden zuwächst, so bedeutet dies — hinsichtlich der sachenrechtlichen Seite — eine Vergrößerung der an den einzelnen Vermögensgegenständen bestehenden Anteile der verbleibenden Gesellschafter um die Quote des ausscheidenden. Diese Variabilität ist die notwendige Folge der Gestaltung der offenen Handelsgesellschaft als einer Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts: das Sachenrecht, die quotale Mitberechtigung, wird bestimmt durch

das Personenrecht; eine Veränderung der Gesellschafterzahl führt, als Änderung der personenrechtlichen Grundlage der Anteile, notwendigerweise eine Veränderung der Anteile selbst herbei. Ebenso wie die Anteile am Werte des Vermögens variabel sind infolge der Veränderlichkeit der ihre Grundlage bildenden Salden, der Partizipial- und Gesamtkonten, so besteht auch als Folge der Vermehrung und Verminderung der Mitgliedschaften eine Variabilität der auf diesen beruhenden sachenrechtlichen Anteile.

Im Resultat hiermit übereinstimmend Nagler a. a. O. S. 703/704, Sohm a. a. O. S. 72; vgl. Heymann, Dogm. Jahrb. Bd. 42 S. 472/73; Gierke, Genossenschaftsth. S. 497 ff., Kohler, Konkursrecht S. 371, ders. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 194 ff.

Unhaltbar erscheint demgegenüber die Ansicht Knoke's (a. a. O. S. 93), der die Variabilität mit der Begründung leugnet, daß nach dem BGB. grundsätzlich dingliche Rechte nur durch dinglichen Vertrag und Vornahme des betr. Übertragungsaktes erworben werden könnten, und daß für die Übertragung solcher Rechte unter Miteigentümern eine Ausnahme nicht getroffen sei: wie oben gezeigt, ergibt sich eine solche Ausnahme für das gesamthänderische Miteigentum der Gesellschaft aus § 738 BGB.

Wenn demnach Laband die Gesellschaftsanteile mit Hilfe der veränderlichen Saldi als variable Quoten berechnet, so spricht diese Variabilität keineswegs gegen die Richtigkeit seiner Berechnung.

Bedenklich aber ist es von vornherein, der Ermittelung der Quotenrechte die Partizipationskonten der Gesellschafter zugrunde zu legen. Denn begrifflich haben — wie schon mehrfach hervorgehoben — die sachenrechtlichen Anteile der Gesellschafter an den zum Vermögen gehörigen Gegenständen mit den gesellschaftlichen Verbindlichkeiten der Sozii untereinander nichts zu tun. Da der Saldo lediglich den Wertanteil des Gesellschafters am ganzen Gesellschaftsvermögen als Wertkomplex darstellt, so kann er auch nur bei Auffassung des „Anteils“ als eines „Wertanteils“ der Berechnung zugrunde gelegt werden — wie das Gierke (Genossenschaftstheorie S. 499/500) auch folgerichtig tut. Eine gegenwärtige Bedeutung besitzt der Saldo des Gesellschafters überhaupt nicht; er ist wie Staub (Komm. zum Allgem. Deutsch. HGB. 3./4. Aufl. § 6 zu Art. 91) überzeugend nachgewiesen hat, lediglich eine fiktive Ziffer, aus der zu ersehen ist, wie viel der Gesellschafter zu beanspruchen,

eventuell wie viel er zu zahlen haben würde, wenn die Auseinandersetzung im Augenblicke der Saldoberechnung erfolgte (vgl. Puchelt-Förtsch, Komm. z. Allg. Deutsch. HGB. 4. Aufl. Nr. 3 zu Art. 106).

Die Unrichtigkeit der Laband'schen Berechnung ergibt sich denn auch, sobald einer der Salden eine negative Größe darstellt. Der aus dem negativen Einzelsaldo als Zähler und dem Gesamtsaldo als Nenner bestehende Bruch muß dann gleichfalls negativ ausfallen und kann infolgedessen zur rechnerischen Darstellung des Anteils nicht in Frage kommen. Außerdem ist es nach dieser Berechnungsweise unter Umständen möglich, daß sich der „Anteil" eines Gesellschafters als größer herausstellt als der gesamte Gesellschaftsfonds (vgl. Staub a. a. O.). Man denke sich z. B., daß eine Gesellschaft, in die A 3000 Mk., B dagegen nichts eingebracht hat, im ersten Jahre einen Verlust von 2000 Mk. erleidet. Die Quote des A würde nach Laband — gleiche Verteilung von Gewinn und Verlust vorausgesetzt — $\frac{2000}{1000}$ des Gesellschaftsvermögens betragen, der „Anteil am Vermögen" also zweimal so groß sein als das Vermögen selbst. Unrichtig ist es auch, wenn Laband in konsequenter Durchführung seiner Theorie (a. a. O. S. 61/62) den Satz aufstellt, daß derjenige Gesellschafter, dessen Kapitalanteil gleich null oder gar negativ ist, keinerlei dingliches Recht am Vermögen besäße: Diese Behauptung steht im Widerspruch zu der Bestimmung des § 718 BGB., welche die eingebrachten und erworbenen Gegenstände für gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter erklärt, ohne für die Gesellschafter mit negativem oder keinem Kapitalanteil eine Ausnahme zu machen (vgl. Staub, Komm. zum Allg. Deutsch. HGB. § 6 zu Art. 91 u. Komm. z. HGB. 6./7. Aufl. Anm. 7 zu § 120 S. 376).

Für Gierke freilich bildet das Sinken des Saldobetrages auf und unter null kein Hindernis, die von ihm lediglich in Gestalt eines Wertanteils anerkannte Quote nach der Laband'schen Berechnungsweise zu bestimmen, da die durch § 718 allen Gesellschaftern gegenüber begründete Eigentumszuständigkeit durch die Wertbeteiligung überhaupt nicht berührt wird. Nach ihm kann der Anteil in zwiefacher Weise eine negative Wertgröße bedeuten, „indem er einerseits, falls der Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens unter null sinkt, einen Anteil an einem unterwertigen Vermögen, d. h. einen gesellschaftlichen Schuldanteil bezeichnet, andererseits, falls er selbst

einen negativen Bruchteil ausdrückt, als unterwertiger Anteil am Gesellschaftsvermögen, eine Ausgleichsschuld gegenüber den anderen Anteilen darstellt" (Gierke, Genossenschaftsth. S. 499—501).

Da hier allein die Berechnung des sachenrechtlichen Anteils des Gesellschafters in Frage steht, kommt die Gierke'sche Wertanteilsbestimmung nicht in Betracht.

Wie Laband so scheitert auch Renaud (Recht der Kommanditges. S. 227 ff.) an der Unverwertbarkeit des negativen oder null betragenden Saldos. Wenn dieser auch dem Gesellschafter nach außen hin — wegen der Zugehörigkeit zu der formellen Einheit der Gesellschafter — wenigstens ein formales Recht am Gesellschaftsvermögen zuerkennt, so wird er doch auch damit dem Gesetz noch nicht gerecht, das jedem Gesellschafter ein materielles Recht am Vermögen gewährt.

An dem gleichen Mangel wie die bisherigen Theorien krankt auch die Anteilsberechnung R. Schröders (Festgabe für Großh. Fr. v. Baden S. 121), sowie die frühere Ansicht Cosacks (Handelsr. 3. Aufl. S. 554): ersterer läßt die Gesellschafter zunächst mit ihrer bilanzmäßigen Geschäftseinlage, darüber hinaus nach Kopfteilen beteiligt sein; letzterer setzte die Quote eines Gesellschafters mit negativem Saldo gleich null und berechnete, wenn alle Gesellschafter Passivsalden aufwiesen, die Quoten der Gesellschafter nach ihren Gewinnanteilen (vgl. hierzu insbesondere die Kritik Adlers bei Holdheim VI S. 20). Die oben angeführten Gründe sprechen auch gegen diese Ansichten.

Adler glaubt nun diese Schwierigkeiten dadurch umgehen zu können, daß er die Quote der Gesellschafter nicht — wie Laband — als ein Teilrecht an dem gesellschaftlichen Reinvermögen, der Differenz von Aktiv- und Passivvermögen, berechnet, sondern sie lediglich als ein Teilrecht an den Aktiven bestimmt. Nach seiner Ansicht gibt es überhaupt keinen einheitlichen aliquanten Teil an einem Vermögen, sondern nur verschieden große Anteile an den Aktiven, den Passiven und der Differenz dieser Größen. Demgemäß erscheint ihm die Theorie Labands unrichtig; denn diese bezeichnet ja eine Quote, die zugleich den Maßstab der Beteiligung der einzelnen an den Aktiven und den Passiven angeben soll, während — nach Adler — diese Quoten in aller Regel nicht gleich sind. Einen klaren Beweis für die von ihm behauptete Verschiedenheit der Anteile erblickt Adler in dem Umstande, daß bei einer aktiven

Gesamtbilanz der Saldo eines Gesellschafters negativ werden kann, während doch bei gleichen Quoten — ein Überwiegen der Aktiven über die Passiven vorausgesetzt — die Differenz der aliquanten Teile an Aktiven und Passiven stets positiv ausfallen müßte. — Hiervon ausgehend, berechnet Adler zunächst den aliquanten Teil jedes Gesellschafters an der Gesamtheit der Aktiven als diejenige Summe, um welche das Gesamtvermögen des Sozius kleiner sein würde, wenn keine Aktiven vorhanden wären. Sein weiterer Gedankengang ist folgender: unter der Annahme, daß alle vorhandenen Aktiven in Wegfall kommen, muß das Konto jedes Gesellschafters einen Passivsaldo (p) aufweisen. Setzt man nun die Aktiven wieder in die Bilanz ein, so weist das Einzelkonto entweder einen Aktivsaldo (a) oder einen kleineren Passivsaldo (p_1) auf. Im ersteren Falle wird das Vermögen des Sozius durch die vorhandenen Aktiven um $p + a$, im zweiten Falle um $p - p_1$ vergrößert. Diese Größen bedeuten nun die aliquanten Teile des Gesellschafters an den Aktiven, bestimmt als die Summe bezw. Differenz aus feststellbaren Zahlen. Wird nun die gleichfalls feststellbare Summe der Aktiven gleich t gesetzt, so ergibt sich die Eigentumsquote $\frac{p + a}{t}$ oder $\frac{p - p_1}{t}$, je nachdem ein Aktiv- oder ein Passivsaldo vorliegt.

Auch diese Adler'sche Berechnungsweise ist unhaltbar. Ganz abgesehen von ihrer praktischen Undurchführbarkeit beruht sie auf falschen Voraussetzungen. Zunächst trifft der für Adler den Ausgangspunkt bildende Satz, daß die Anteile an den Aktiven und den Passiven in der Regel verschiedene seien, nicht zu. Adler verwechselt hier die Passiven der Gesellschaft und die Schulden des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Im Saldo des Gesellschafters sind neben seinen Anteilen an den Passiven und Aktiven der Gesellschaft auch noch seine Schulden gegenüber der Gesellschaft enthalten. Auch diese bestimmen also mit die Höhe des Saldos. Es kann deshalb sehr wohl vorkommen, daß trotz aktiver Gesamtbilanz der Saldo eines Gesellschafters negativ wird, weil er z. B. mehr als sein Kapitalanteil beträgt, aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Eine Schlußfolgerung hieraus auf die regelmäßige Ungleichheit der aliquanten Teile an Aktiven und Passiven entbehrt daher der Begründung. — Auch die weitere Voraussetzung Adlers, daß die Konten der Gesellschafter stets Passivschulden aufweisen müßten, wenn keine Aktiven vorhan-

den wären, ist unrichtig. Dies zeigt Staub an folgendem Beispiel (s. Komm. zum Allgem. Deutsch. HGB. 3. und 4. Aufl. § 6 zu Art. 91 Anm. 1): A hat 8000, B 1000 Mk. in die Gesellschaft eingebracht, die Gesellschaft verliert darauf diese 9000 Mk. und macht noch weitere 1000 Mk. Schulden; tragen die Gesellschafter den Verlust nun zu gleichen Teilen, so ergibt sich für B ein Passivsaldo von —4000 Mk., für A aber bleibt ein Aktivsaldo von 3000 Mk.! Der von Adler aufgestellte Satz kann somit als allgemein gültiges Prinzip nicht in Betracht kommen und die auf ihm aufgebaute Quotenbestimmung muß — ebenso wie die Laband'sche Berechnungsweise — als unhaltbar verworfen werden.

Beide, Laband sowohl wie Adler, scheitern an der Unmöglichkeit, die lediglich obligatorische Beziehungen der Gesellschafter untereinander darstellenden Saldi als Maßstab für die Bestimmung des sachenrechtlichen Anteils der Gesellschafter zu benutzen.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern

vgl. Cosack, Handelsr. 6. Aufl. S. 494; ders. Bürg. R. II S. 424, Lehmann-Ring a. a. O. S. 220 und Joerges, Z. f. Handelsr. Bd. 51 S. 68.

will die Quote des einzelnen nach Maßgabe seiner Beteiligung am Gewinn bestimmen.

Den Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptung sucht Cosack auf folgendem Wege zu erbringen: „man berechne" — sagt er — wie sich der Kapitalanteil jedes Gesellschafters in einem bestimmten Zeitpunkt stellen würde, wenn man in der Geschäftsbilanz alle Aktiva streicht, und „berechne" dann weiter, um wieviel durch Einstellung der Aktiva in die Bilanz die Kapitalanteile anwachsen, dann wird man als Ergebnis finden: die Anteile der Gesellschafter am aktiven Gesellschaftsvermögen stehen im gleichen Verhältnis wie ihre Anteile am Gesellschaftsgewinn, im Zweifel sind sie also gleich groß. Ebenso könne man auch die Bilanz, welche die Gesellschaftsaktiva enthält, voranstellen und berechnen, welcher Verlust jeder Gesellschafter erleiden würde, wenn man plötzlich alle Aktiva in der Belanz löschte; dann würde man finden, daß die Anteile der Gesellschafter an den Gesellschaftsaktiven im gleichen Verhältnis stehen wie ihre Anteile am Gesellschaftsverlust.

Mit diesen Ausführungen ist jedoch die Behauptung einer Wechselbeziehung zwischen Anteil am Gewinn bezw. Verlust und Anteil an den Aktiven bezw. Passiven keineswegs bewiesen.

Cosack selbst führt — entgegen seiner sonstigen Gepflogenheit — die Berechnung an einem Beispiel nicht aus, sondern beschränkt sich lediglich darauf, den allgemeinen Gang der ihm vorschwebenden Berechnungsmethode anzugeben und zu behaupten, daß das Ergebnis so oder so ausfallen müsse. Warum aber das Ergebnis so und nicht anders ausfallen müsse, d. h. die eigentliche Berechnung, gibt er nicht an; es bleibt insbesondere unerfindlich, warum die von ihm (in Anlehnung an Adler) berechneten Anteile an den Aktiven den Anteilen an dem Gesellschaftsgewinn proportional sein sollen: mit Makower muß man die Cosack'sche Berechnungsart, da sie das Gesuchte voraussetzt, für willkürlich und unbegründet erklären (vgl. Makower a. a. O. S. 280).

Mit anscheinend gewichtigeren, dem Gesetz entnommenen Gründen verteidigen die anderen oben zitierten Schriftsteller ihre Ansicht.

So macht Lehmann geltend, daß bei dem Charakter der offenen Handelsgesellschaft als einer Erwerbsgesellschaft der „Anteil am Gewinn" derartig im Vordergrunde stehe, daß nur er als Maßstab für die Bestimmung der Miteigentumsquote in Betracht kommen könne. Zur Stützung seiner Ansicht beruft er sich auf §§ 733, 734 BGB., wonach bei Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses erst die Schulden der Gesellschaft getilgt, dann die Einlagen zurückerstattet und endlich etwaige Überschüsse „nach dem Verhältnis der Gewinnanteile der Gesellschafter verteilt werden müssen." Er verkennt zwar nicht, daß für die offene Handelsgesellschaft im § 155 HGB. andere Bestimmungen bezüglich der Repartition gegeben sind, behauptet aber dennoch — ohne Gründe dafür anzuführen — auch für die Quoten der Handelsgesellschafter das Gewinnbeteiligungsverhältnis als maßgebend.

Ähnlich sind die Gründe, die Joerges ins Feld führt. Er sucht die von ihm vertretene Ansicht insbesondere noch dadurch zu stützen, daß er auch die anderen Gesamthandsgemeinschaften in den Kreis seiner Betrachtungen zieht und an ihnen die für die offene Handelsgesellschaft behauptete Wechselwirkung zwischen Miteigentums- und Gewinnquote nachweist: wie bei der Auflösung der allgemeinen Gütergemeinschaft die „Wertung" des Genossen — und damit die ihm eingeräumte sachenrechtliche Macht — in der halbscheidlichen Teilung ihren Ausdruck finde (§§ 1476, 1498 BGB.), so zeige sich in umgekehrter Weise dieser innere Zusammenhang bei der Rhederei

(§ 502 HGB.) darin, daß die Gewinnverteilung nach Verhältnis der in der Schiffspart sich darstellenden Eigentumsanteile erfolge. Dasselbe Prinzip gelte sowohl für die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht als auch die offene Handelsgesellschaft, da begrifflich auch bei ersterer Gewinn nicht ausgeschlossen sei.

Eine kritische Betrachtung läßt vor allem diesen letzten Schluß sehr bedenklich erscheinen. Soll oder kann nach der Art der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und dem von ihr verfolgten Zweck kein Gewinn erzielt werden, und ist infolgedessen eine Gewinnbeteiligungsquote für die einzelnen Gesellschafter nicht festgelegt worden, so würde eine Bestimmung der Miteigentumsquoten nach Lehmann und Joerges nicht möglich sein. Der Maßstab der Gewinnbeteiligung erscheint somit, da er nicht allen Fällen gerecht zu werden vermag, zur Bestimmung der Anteile der Gesellschafter von vornherein nicht geeignet. Wollte man, um dieser Schwierigkeit zu entgehen, für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft einen anderen Berechnungsmaßstab wählen, als für die offene Handelsgesellschaft, so würde das der durch § 105 Abs. 2 HGB. festgelegten Wesensübereinstimmung der beiden Gesellschaftsarten widersprechen. Die rein äußerliche Färbung, welche die offene Handelsgesellschaft als Erwerbsgesellschaft gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft aufweist, vermag allein eine derartig verschiedene Behandlung derselben Frage bei den beiden innerlich übereinstimmenden Gesellschaften nicht zu rechtfertigen.

Zu einer derartigen Verschiedenheit in der Bestimmung der Quotenrechte bei beiden Gesellschaften muß auch die Lehmannsche Ansicht führen, da die von ihm angezogenen §§ 733, 734 BGB. und § 155 HGB. für beide Gesellschaften etwas ganz Verschiedenes besagen: während bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ein nach Berichtigung der Schulden und Rückerstattung der Einlagen verbleibender Überschuß den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn zufällt, bestimmt § 155 HGB. für die offene Handelsgesellschaft seine Verteilung nach Maßgabe der Kapitalanteile der Gesellschafter. Will man aus § 734 BGB. für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Bestimmung der Miteigentumsquoten nach dem Verhältnis der Gewinnquoten begründen, so muß man konsequenterweise angesichts der Vorschrift des § 145 HGB. für die offene Handelsgesellschaft die Laband'sche Berechnungsweise als richtig anerkennen: keinesfalls aber läßt sich aus diesen Gesetzes-

bestimmungen ein gemeinschaftlicher Maßstab zur Berechnung der Quoten der beiden Gesellschaftsarten herleiten.

Eine Begründung der Quotenberechnung nach den Gewinnanteilen bedeutet es schließlich auch nicht, wenn Joerges auf die anderen Gesamthandsverhältnisse hinübergreift, um aus einer dort vorhandenen Wechselbeziehung zwischen Gewinn- und Miteigentumsquoten Schlüsse für ein gleiches Verhältnis bei der offenen Handelsgesellschaft zu ziehen. Denn wie schon oben S. 4 ausgeführt, kennt unser heutiges Recht keineswegs eine einheitliche Gestaltung aller dem Gesamthandsgedanken unterworfenen Rechtsverhältnisse; vielmehr ist jede einzelne Gemeinschaft vom Gesetz gesondert behandelt, jede einzelne demnach auch gesondert auf ihre Gestaltung und Konstruktion zu untersuchen: eine analoge Übertragung der für die Rhederei oder die allgemeine Gütergemeinschaft gegebenen Regeln auf die offene Handelsgesellschaft erscheint somit unbegründet. Aus den vom Gesetzgeber für die offene Handelsgesellschaft speziell gegebenen Bestimmungen allein aber läßt sich eine derartige Wechselbeziehung zwischen Miteigentums- und Gewinnquoten nicht herleiten.

Das Gesetz selbst gibt unmittelbar überhaupt keinen Maßstab zur Quotenbestimmung an. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich die Frage der Konstruktion der Gesellschaftergemeinschaft in ihrem vollen Umfange der Wissenschaft zur Entscheidung überlassen (s. Prot. II S. 433). In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften müssen also andere, im Charakter der offenen Handelsgesellschaft begründete Momente zur Lösung des Problems herangezogen werden, und da erscheint die Struktur der Gesellschaft als einer „Gemeinschaft kraft Personenrechts" wie überhaupt, so auch bei Beantwortung der hier gestellten Frage von ausschlaggebender Bedeutung. Der von Gierke gegebene, das Wesen der Gesellschaft — wie aller Gesamthandsgemeinschaften — treffend kennzeichnende Satz: „das Personenrecht bedingt und bestimmt die Vermögensrechte" bedeutet nichts anderes, als daß maßgebend für die sachenrechtliche Beteiligung des einzelnen am Gesellschaftsvermögen in jeder Hinsicht allein die Mitgliedschaft ist. Da nun der Umfang der auf der personenrechtlichen Grundlage, dem Gesellschaftsvertrage, beruhenden einzelnen Mitgliedschaft bedingt ist durch die Zahl der personenrechtlich Verbundenen, so muß auch der Umfang, d. h. die Größe der sachenrechtlichen Anteile des einzelnen Gesellschafters abhängig sein von der Zahl der Gesellschafter. Die folgerichtige

Durchführung des Gierke'schen Gedankens führt uns also zur Erkenntnis: der gleichen Stellung der Gesellschafter in personenrechtlicher Hinsicht, die in der vertragsmäßigen Gewährung einer Mitgliedschaft zum Ausdruck kommt, entspricht, sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben, eine gleiche sachenrechtliche Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen, d. h. im Zweifel bestimmen sich die Miteigentumsquoten der Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen des Vermögens nach Kopfteilen: concursu partes fiunt (so auch Nagler a. a. O. S. 723 und Sohm a. a. O. S. 71 Anm. 15). Es ist das den alten deutschen Gesamthandsgemeinschaften entommene Prinzip des „Wirtschaftens auf gemeinsamen Gedeih und Verderb", das jeden Gesellschafter durante societate — ohne Rücksicht auf seine kapitalmäßige Beteiligung — als am Vermögen gleichberechtigt erscheinen läßt, dasselbe Prinzip, das auch der Bestimmung des § 121 Abs. 3 HGB. zugrunde liegt, wonach der nach Abzug der Vorzugsdividende verbleibende Jahresgewinn sowie der Verlust der Gesellschaft im Zweifel nach Köpfen zu verteilen ist. Im übrigen entspricht das Ergebnis, zu dem wir hier gelangen, auch dem in § 742 BGB. zum Ausdruck kommenden allgemeinen Grundsatze, daß bei jeder Gemeinschaft im Zweifel den Teilhabern gleiche Anteile an dem vergemeinschafteten Gute zustehen — sofern sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt (§ 741 BGB.). Daß der Gesetzgeber mit den für die Gesellschaftergemeinschaft gegebenen Bestimmungen hinsichtlich der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens keine Durchbrechung des Systems beabsichtigt hat, ist bereits oben nachgewiesen worden: der in der Natur der Dinge begründete Gedanke des § 741 muß deshalb auch für sie Geltung haben.

Wenn von verschiedenen Seiten (z. B. Knoke a. a. O. S. 91, vgl. Planck a. a. O. III S. 165) die Annahme gleicher Anteile deshalb für unzulässig erklärt wird, weil die wirkliche Verteilung des Vermögens schließlich nach einem ganz anderen Maßstabe erfolgt, so wird hier der Anteil, der dem Gesellschafter durante societate zusteht, mit dem, der ihm bei Auflösung der Gesellschaft gebührt, verwechselt: ersterer verkörpert das dem Gesellschafter zustehende dingliche Miteigentumsrecht an den zum Vermögen gehörigen Gegenständen, das mit letzterem, den obligatorischen Ansprüchen auf Herauszahlung eines erst bei Auflösung der Gesellschaft zu berechnenden Anteils am Wert des Vermögens, nichts zu tun hat.

Hinfällig ist auch der von v. Hahn (a. a. O. S. 342 § 13) erhobene Einwand, daß die hier vertretene Ansicht zu materiell ungerechtfertigten Resultaten führe, weil bei jeder offenen Handelsgesellschaft, in welcher die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Gesellschafter nicht völlig gleich seien, durch Anwendung des Kopfteilungsprinzips der finanziell schwächer beteiligte Gesellschafter auf Kosten des stärker beteiligten zu Unrecht bereichert werden würde. Betrachtet man nur die dingliche Seite des Gemeinschaftsverhältnisses, so wird man allerdings geneigt sein, dieses Bedenken für begründet zu erklären; denn, wenn ein Gesellschafter, der nichts zur Bildung des Gesellschaftsfonds beigetragen hat, dasselbe Recht an dem Gesellschaftsvermögen erhält wie derjenige Gesellschafter, aus dessen Einlage ausschließlich das Gesellschaftsvermögen besteht, dann wird ersterer auf Kosten des anderen ungebührlich bereichert. Es darf aber hierbei nicht übersehen werden, daß diese Bereicherung, wenn sie nicht gerade von den Gesellschaftern — vielleicht wegen der entsprechend ungleichen Arbeitsverteilung — gewollt ist, durch die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags über die Verteilung des Gewinns, des Verlusts und der sonstigen gesellschaftlichen Rechte und Pflichten ausgeglichen wird. Eine derartige Aufhebung einer dinglichen Bereicherung durch Gewährung von obligatorischen Ansprüchen für den Benachteiligten, ist ja auch im übrigen unserem Rechte keineswegs fremd — s. nur z. B. §§ 818 Abs. 2 S. 51 und 1039 BGB. — und führt bei der offenen Handelsgesellschaft um so weniger zu bedenklichen Rechtslagen, als bei deren Charakter als personenrechtlicher Erwerbsgesellschaft der Anteil am Gewinn und die sonstigen durch den Gesellschaftsvertrag gegebenen mitgliedschaftlichen Befugnisse im Vordergrunde stehen, die praktische Bedeutung der sachenrechtlichen Anteile dagegen eine wesentlich geringere ist.

Als Ergebnis der bisherigen Betrachtungen können wir also folgende Sätze aufstellen:

1. Bei der offenen Handelsgesellschaft besteht ein auf personenrechtlicher Grundlage aufgebautes Miteigentum aller Gesellschafter an jedem zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstande.

2. Der Umfang der Miteigentumsquoten des einzelnen bestimmt sich im Zweifel nach der Zahl der an der Gesellschaft beteiligten Personen.

3. Mit dem Kapitalanteil, der bloßen Wertbeteiligung des einzelnen am Gesellschaftsvermögen, hat das Miteigentum der Gesellschafter an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen nichts zu tun.

Der letzte Satz, dessen Grundgedanke — wenn auch nicht in so scharfer Form wie hier — bereits verschiedentlich in der Literatur anerkannt worden ist,

vgl. Puchelt-Förtsch a. a. O. Note 3 zu Art. 106, v. Hahn a. a. O. § 4 Note 3 zu Art. 106, Staub, Komm. z. Allgem. D. HGB. § 5 zu Art. 106, Lehmann-Ring a. a. O. S. 220, Joerges in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 51 S. 67, Nagler a. a. O. S. 723 Anm. 77

bedarf besonderer Hervorhebung gegenüber der in Wissenschaft und Rechtsprechung auf Schritt und Tritt wiederkehrenden Vermengung des dem Gebiete des Obligationenrechts angehörigen Begriffes des Kapitalanteils mit dem des sachenrechtlichen Anteils der Gesellschafter an den das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenständen. Gerade das Zusammenwerfen dieser beiden Begriffe hat zahlreiche Schriftsteller und Gerichte zur Leugnung einer nach Quoten bestimmten sachenrechtlichen Beteiligung der Gesellschafter an dem gemeinschaftlichen Vermögen geführt; der von ihnen gezogene Schluß von der Unverwendbarkeit der Kapitalanteile zur Berechnung der Quoten auf das Nichtvorhandensein oder wenigstens die Unbestimmtheit der sachenrechtlichen Anteile — ohne Berücksichtigung der sonstigen für die Berechnung in Betracht kommenden Momente — muß jedoch als ungerechtfertigt und durch die bisherigen Ausführungen widerlegt bezeichnet werden.

Satz 2, nach dem im Zweifel die Kopfzahl der Gesellschafter für den Umfang der Quoten maßgebend ist, stellt — wie bereits oben hervorgehoben — lediglich die letzte Folgerung aus dem in Satz 1 wiedergegebenen Gierke'schen Gedanken dar, daß bei der offenen Handelsgesellschaft, wie bei allen Gemeinschaften zur gesamten Hand, das Personenrecht das Sachenrecht durchdringt und bestimmt (vgl. Sohm a. a. O. S. 72).

Der Maßstab der Kopfzahl soll jedoch nur im Zweifel zur Bestimmung der Quoten herangezogen werden, d. h. nur dann, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage oder durch nachträgliche Vereinbarung ihre Anteile nicht anderweitig festgelegt haben. Es steht den Gesellschaftern jederzeit frei, eine Neuordnung der Quotenteilung vorzunehmen: Die einzelnen als-

quoten Teilrechte schmiegen sich elastisch jeder neuen Konstellation des Personenverhältnisses an (s. Joerges, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 51 S. 68, Nagler a. a. O. S. 741)[1]. Ermöglicht wird diese Verschiebbarkeit der Miteigentumsquoten lediglich dadurch, daß — wie Sohm (a. a. O. S. 71) es charakteristisch ausdrückt — über Dasein und Höhe des personenrechtlich gearteten Anteils nicht ein vergangener Erwerbsgrund, sondern das gegenwärtige personenrechtliche Verhältnis entscheidet: das Dasein des Anteils hängt ab von der Mitgliedschaft, seine Größe von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, eventuell von der Zahl der in der Gesellschaft vereinigten Mitgliedschaften. Die allgemeinen Rechtssätze vom Erwerb und Verlust der Vermögensrechte finden infolgedessen keine Anwendung. Dies geht schon aus der in §§ 738 BGB. und 142 HGB. für die Gesellschaftergemeinschaft erfolgten Statuierung des — nicht zu den gewöhnlichen Erwerbsgründen zählenden — Anwachsungsrechts hervor.

Fraglich könnte vielleicht scheinen, ob nicht die Anerkennung eines ungebundenen Quotenbestimmungsrechts der Gesellschafter, dessen Wirkungen im Innenverhältnis in der Regel — d. h. sofern nicht eine Bereicherung des einen auf Kosten der anderen gerade gewollt ist — durch Verschiebung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten zur Ausgleichung kommen werden, die Gefahr einer Benachteiligung dritter außerhalb der Gesellschaft stehender Personen im Gefolge hat. Insbesondere erscheint auf den ersten Blick der Fiskus hinsichtlich seines stempelrechtlichen Anspruchs bei Umwandlung von Gesellschaftseigentum in Alleineigentum eines Gesellschafters gefährdet[2]. Bei näherem Zusehen stellt sich jedoch diese Befürchtung als haltlos heraus[3]. Selbstverständlich ist es freilich, daß nach der hier vertretenen Auffassung, die dem einzelnen Gesellschafter ein quotales Miteigentum an den zum Gesell-

---

[1]) Für die herrschende Ansicht ist natürlich die Festsetzung bestimmter sachenrechtlicher Anteile im Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen, da nach ihr das Nichtvorhandensein von Quoten für den Charakter der offenen Handelsgesellschaft essentiell ist.

[2]) In dem umgekehrten Falle, bei Überführung von Alleineigentum in Eigentum der Gesellschaft, kann eine derartige Gefährdung niemals eintreten, weil die Einbringung gemäß Tarifstelle 25 b (1) des preuß. St. St. Ges. vom 30. Juni 1909 stets der Verstempelung unterliegt.

[3]) Die Bedeutung der Quotenfrage für das Stempelrecht ist ausführlich im 3. Teile behandelt. Hier wird diese Frage nur insoweit vorweggenommen als zur Wiederlegung prinzipieller Bedenken notwendig ist.

schaftsvermögen gehörigen Gegenständen zuspricht, der Fiskus in stempelrechtlicher Hinsicht bei Überführung von Gesellschaftseigentum in Alleineigentum und umgekehrt weniger gut gestellt ist als nach der herrschenden Theorie, da der zu überführende Gegenstand stets nur in Ansehung eines Bruchteils den Eigentümer wechselt und Stempelgebühren daher auch nur von einem Bruchteil des Wertes zu berechnen sind. Hierin liegt aber keine Gefährdung eines begründeten fiskalischen Anspruches, sondern lediglich eine der Billigkeit und dem Zweck der Stempelgesetze entsprechende Beschränkung der Stempelpflicht auf den tatsächlichen Umsatz.

Nun könnte allerdings der Fall so liegen, daß A, um dem B ein ihm gehöriges Grundstück unter möglichster Verminderung von Stempelgebühren zu übertragen, mit diesem eine Gesellschaft eingeht und durch den Gesellschaftsvertrag mit B dessen Quote an dem in die Gesellschaft eingeworfenen Grundstücke z. B. auf $^5/_6$ festsetzt [1]). Einer Auffassung und damit einer Verstempelung würde es dann — so könnte man meinen — nur noch in Ansehung von $^1/_6$ des Grundstücks bedürfen. Die Parteien hätten also durch dieses Manöver erreicht, daß an Stelle des ganzen Grundstücks, wie es bei direkter Veräußerung von A an B der Fall gewesen sein würde, lediglich $^4/_6$ des Grundstücks der Verstempelung anheimgefallen wären, nämlich $^3/_6$ bei der Einbringung gemäß Tarifstelle 25 b ($_1$) des preuß. St. St. Ges. (vom 30./6. 1909) und $^1/_6$ bei der Überlassung zu alleinigem Eigentum (nach Tarif 25 d($_2$) St. St. Ges.). Nach der hier vertretenen Ansicht würde also der Fiskus scheinbar wenigstens ohne weiteres um einen Teil seines ihm gesetzlich gegebenen Stempelanspruchs gebracht werden können. Diese Deduktion ist jedoch fehlerhaft; sie berücksichtigt nicht, daß der Gesellschaftsvertrag aus einem doppelten Gesichtspunkte rechtsungültig ist. Nichtig ist der Vertrag nämlich einmal, weil es sich bei der Gründung der Gesellschaft lediglich um eine Scheingründung handelt, und ferner der von den „Gesellschaftern verfolgte gemeinsame Zweck (§ 705 BGB.) auf eine Gesetzesumgehung (Vermeidung der gesetzlich vorgeschriebenen Verstempelung) gerichtet ist. Mit dem Gesellschaftsvertrage ist aber auch

---

[1]) Ganz kann das Grundstück dem B durch Quotenfestsetzungsvertrag nicht übertragen werden. Dies würde gegen § 718 BGB. verstoßen, nach dem die das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenstände gemeinschaftliches Eigentum aller Gesellschafter sind.

die Quotenfestsetzung ungültig. Den von ihnen erstrebten Erfolg haben die Parteien also nicht erreicht. Der Beweis des Vorliegens eines Scheingeschäfts bezw. der Gesetzesumgehungsabsicht dürfte sich allerdings im einzelnen Falle oft recht schwierig gestalten. Keinesfalls aber kann man der hier vertretenen Ansicht den Vorwurf machen, die Umgehung des Gesetzes erleichtert zu haben. In ganz ähnlicher Weise kann nämlich auch auf Grund der herrschenden Anschauung das Gesetz umgangen werden. Man denke sich nur folgenden Fall: A, B und C wollen ein ihnen gehöriges Grundstück dem D übertragen und schließen mit ihm — analog dem ersten Beispiele — in der Absicht, die Stempelgebühr teilweise zu umgehen, eine offene Handelsgesellschaft [1]), aus der sie nach Vereinbarung der Geschäftsübernahme durch D alsbald wieder austreten. Wie mit dem treffend begründeten Urteile des Reichsgerichts Bd. 68 S. 410 ff. anzunehmen ist, kommt hier — wie auch in dem Falle des Ausscheidens von Mitgliedern unter Fortbestand der Gesellschaft — der Grundsatz der Anwachsung zur Geltung. Wer aber wie D durch Anwachsung erwirbt, erwirbt nicht die Anteile der Ausscheidenden zu seinem Anteil hinzu, sondern vergrößert den seinigen, weil die anderen fortgefallen sind (vgl. RGE. Bd. 65 S. 238). Von einer Übertragung der Anteile des A, B und C an dem Grundstück kann somit in dem gedachten Falle keine Rede sein, ebensowenig daher auch von einer Verstempelung. Wie in dem ersten Beispiele hätten also auch hier die Parteien eine wesentliche Ersparnis an Stempelgebühren erzielt: während sie bei direkter Veräußerung des Grundstücks an D gemäß Tarifst. 8 ($_1$) des preuß. St. St. Ges. 1 % des Grundstückswertes zu entrichten gehabt haben würden, brauchen sie — scheinbar wenigstens — auf dem Umwege über die Gesellschaft nach Tarifstelle 25 b ($_1$) nur $^1/_{20}$ % des Wertes als Einbringungsstempel zu zahlen. Auch hier kann man — wie im ersten Falle — nur helfen durch Annahme eines Scheingesell-

[1]) Bei Annahme einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft würde das Beispiel nicht ganz zutreffen, da die §§ 736 ff. BGB. das Fortbestehen der Gesellschaft zur Voraussetzung haben. Immerhin würde aber auch hierbei durch Austritt zweier Gesellschafter eine teilweise Umgehung der Verstempelung möglich sein, da zur Übertragung außer dem Einbringungsstempel von $^1/_{20}$% des Grundstückswertes Gebühren nach Tarifst. 25 d $_2$ preuß. St. St. Ges. lediglich noch von der dem in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter zustehenden Hälfte des Grundstücks zu entrichten wären.

schaftsvertrages bezw. einer Umgehung des Gesetzes als Zweckes der Gesellschaft [1]).

Ebenso wie die Möglichkeit einer Umgehung des Gesetzes sich in letzterem Beispiel nicht als die Folge der Anerkennung des Anwachsungsrechts bei vereinbarter Übernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter darstellt, kann sie auch in dem zuerst behandelten Falle nicht auf die Anerkennung der Quotenteilung und der vertragsmäßigen Quotenfestsetzung zurückgeführt werden.

Daß das Gesetz selbst den fiskalischen Stempelanspruch wenigstens bis zu einem gewissen Grade von der Größe der den Gesellschaftern je nach der Zahl der Mitgliedschaften zustehenden „Anteile" abhängig machen will, ergibt mit Deutlichkeit die Tarifstelle 25 d ($_2$) St. St. Ges., nach welcher bei Berechnung des Stempels derjenige Teil der zu Sondereigentum überlassenen Vermögensgegenstände außer Betracht bleiben soll, der auf den erwerbenden Gesellschafter nach der Kopfzahl der Gesellschafter entfällt. Man könnte also mit demselben Rechte wie der hier verfochtenen Ansicht auch dem Gesetze selbst den Vorwurf machen, eine Handhabe zur Umgehung seiner eigenen Bestimmungen gegeben zu haben: denn infolge der Berücksichtigung des Kopfteils wird es — durch Scheingesellschaftsgründung und Austritt der einbringenden Gesellschafter bis auf einen — stets möglich sein, unter Erhöhung des Kopfteils des erwerbenden Gesellschafters auf $^1/_2$ den der Verstempelung unterliegenden Neuerwerb dieses Gesellschafters auf die Hälfte des zu übertragenden Gegenstandes herabzudrücken.

Im übrigen wird nach Tarifstelle 25 d ($_2$), deren Zweck es ist, der quotenleugnenden Theorie auf dem Gebiete des Stempelrechts wenigstens die größten Härten [2]) zu nehmen, der Kopfteil des erwerbenden Gesellschafters lediglich als „wirtschaftlicher Anteil", als „Anteil im Sinne des Stempelrechts" berücksichtigt (vgl. RGE. Bd. 68 S. 380). Es soll durch sie die Verstempelung nur auf den tatsächlichen Neuerwerb, den Umsatz, gerichtet, nicht aber etwa in der Gestalt des Kopfteils eine Höchstgrenze für den einer Verstempelung nicht unterliegenden Anteil geschaffen werden. Die Berücksichtigung eines auf Grund des materiellen Rechts — z. B. infolge anderweitiger vertrags-

---

[1]) Hierzu käme in diesem Falle noch, daß der Zweck der offenen Handelsgesellschaft nicht — wie § 105 HGB. es fordert — auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet gewesen wäre.

[2]) S. Teil III.

mäßiger Quotenfestsetzung — anzunehmenden sachenrechtlichen Anteils von größerem bezw. kleinerem Umfange wird also hierdurch nicht gehindert.

Der Annahme von vertraglich abänderbaren Anteilen der Gesellschafter an den zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Gegenständen stehen somit wie in materiellrechtlicher, so auch in rechtspolitischer Hinsicht prinzipielle Bedenken nicht entgegen. Die hier verfochtene Ansicht gefährdet nicht — wie es bei oberflächlicher Betrachtung scheinen möchte — begründete Ansprüche dritter, sondern drückt diese, unter Betonung des durch die herrschende Ansicht verdunkelten Charakters der offenen Handelsgesellschaft als einer Gemeinschaft nach Vielheitsrecht, lediglich auf das ihnen zukommende Maß herab, hierdurch in der Praxis Ergebnisse zeitigend[1]), die in erhöhterem Maße als die auf Grund der herrschenden Theorie erzielten der Billigkeit Rechnung tragen.

---

[1]) S. Teil III.

Lebenslauf.

Albert Schnell wurde am 7. Januar 1888 zu Mühlhausen in Thüringen geboren. Er besuchte die Realschule zu Mühlhausen, später die Oberrealschule zu Kassel. Dort erlangte er Ostern 1906 das Reifezeugnis. Als Studierender der Rechtswissenschaft war er danach an den Universitäten zu Tübingen, München und Marburg immatrikuliert. Im Juli 1909 bestand er die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht zu Kassel.